COMENTARIOS

AL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

Vocal de la Sección 1.ª de la Comisión general de Codificación y Magistrado jubilado del Tribunal Supremo

CON LA COLABORACIÓN DE VARIOS JURISCONSULTOS

Y UNA INTRODUCCIÓN DEL

EXCMO. SR. D. FRANCISCO DE CÁRDENAS

TOMO III

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
á cargo de José M. Sardá
Ronda de Atocha, 15, centro.

1893

LIBRO SEGUNDO

De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones

Basta leer el título de este libro segundo para comprender que nuestro Código no se separa de la tradición del derecho romano, que, después de las personas, venía á tratar de las cosas, ó sea del llamado, con alguna impropiedad, objeto del derecho. No hay, pues, para qué repetir aquí las consideraciones, harto sabidas, que esta clasificación de materias sugiere á los que la juzgan poco filosófica, ni las razones de conveniencia y oportunismo con que la defienden sus partidarios. Al fin y al cabo, es la que sigue la mayoría de los códigos modernos.

No queremos repetir tampoco las explicaciones que acerca del plan en este libro segundo van ya hechas con gran claridad y discreción en el estudio del Sr. Cárdenas, que encabeza el tomo I de estos COMENTARIOS. Las razones que la Comisión redactora del Código ha tenido para adoptar la distribución de materias que ha adoptado, se verán allí expuestas del modo que mejor puede justificarlas. Por nuestra parte, sólo nos permitiremos por el momento ligeras observaciones acerca del sentido general de este libro.

Sin discutir ahora la conveniencia ó inconveniencia de la codificación actual en España, es lo cierto que donde tal vez ofrecía mayores dificultades y más reparos y reservas podían oponérsele, era en la materia de propiedad, porque quizá en ninguna otra del derecho civil se muestra más acentuada la crisis de ideas y de costumbres por que atraviesan hoy las relaciones jurídicas de todo

orden. Regida hasta ahora la actividad económica en su vida legal más ostensible por las doctrinas derivadas del derecho romano, comienza ya á desprenderse de esta tradición, por un lado, ensanchando sus horizontes y plegándose de mejor modo á las condiciones de la sociedad moderna, industrial y mercantilista, y de otro, reconociendo la razón de ciertas formas tradicionales, ajustadas á las costumbres y manera de vivir de algunos grupos de población. Así trata el ideal económico de acomodarse á las exigencias nuevas de las nuevas energías, recogiendo á la vez el derecho vívido y encarnado en los actos espontáneos del pueblo, aunque desconocidos generalmente por el sentido puramente legal, externo y centralizador, que es característica de la edad contemporánea.

El derecho romano, relativo á la Propiedad, tal como ha pasado á la mayoría de las leyes modernas, adolece de dos gravísimas faltas. Es la una su exageración individualista, poco compatible con las nuevas tendencias en este orden; es la otra no representar más que un derecho positivo, hecho para un pueblo organizado en aquel respecto de un modo muy distinto á como lo está nuestra sociedad presente, sobre todo si se tiene en cuenta que el derecho de los códigos de Justiniano no es más que la última evolución del derecho de Roma, y representa sólo las necesidades de un momento determinado en la historia de aquel pueblo. La tradición legal es, sin embargo, muy poderosa; y, como todas las tradiciones, tiene la ventaja de ofrecer en los momentos de crisis, de transición, un cuerpo de doctrina hecho y perfilado. En la vaguedad que ofrece un estado social, donde ni satisfacen las leyes viejas, ni han sido encontradas todavía las fórmulas del derecho nuevo, la exigencia imperiosa de organización ha de tender forzosamente á lo que, sobre estar ya determinado, tiene en su apoyo el arraigo que da la continuada existencia y los intereses creados á su sombra.

Por esto el derecho civil referente á la Propiedad seguirá siendo, por mucho tiempo tal vez, el derecho individualista que formuló Roma y que sancionó la Revolución francesa. Individualista es nuestro Código como la mayoría de los europeos, entre los

cuales reina, por esta razón, más uniformidad que en las otras materias civiles. Existen, sin embargo, legislaciones radicalmente distintas de aquel tipo, y alguna de ellas hemos de citar para conocimiento de nuestros lectores. Naturalmente, la raíz de la diferencia estriba en el concepto diferente de la relación de propiedad y de sus formas fundamentales. Donde al lado del principio individualista subsisten organismos sociales históricos, y se mantiene el espíritu, más que corporativo, social, de las relaciones económicas, al lado de la propiedad de los individuos, aparece la propiedad común de los grupos. El código que puede señalarse como tipo de la forma social de la Propiedad, es el muy reciente de Montenegro, en el cual se reconoce la propiedad comunal de la *tribu*, las *fratrias* y las *familias*. En la legislación rusa hay ejemplos de lo mismo tocante á la propiedad común del *mir* ó aldea; y si acudimos á más remotos ejemplos, lo propio sucede en legislaciones, como la china, la inda, etc.

Nuestro Código civil, por medio de disposiciones contenidas en los títulos 3.° y 7.° del libro 2.°, y que á su tiempo examinaremos, rige la materia de comunidad de bienes y de aprovechamiento de pastos.

Vengamos ahora ya al estudio concreto de las disposiciones de este libro.

TÍTULO PRIMERO

DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES

Disposición preliminar

ARTICULO 333

Todas las cosas que son ó pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles ó inmuebles.

Consigna el Código en este artículo la clasificación jurídica más transcendental de las cosas, consideradas en la relación de propiedad. Sabido es que los dos criterios fundamentales que usan los autores en esta materia, son el del *objeto* y el del *sujeto.* El primero considera directamente á la *cosa* misma, puesto que toma como base de la división la naturaleza de aquélla; es, por tanto, el más inmediato y pertinente cuando el punto de partida es la cosa misma, como en nuestro Código. El segundo, prescinde de la naturaleza de la cosa para atender al sujeto que con ella tiene la relación de propiedad: resulta, pues, una consideración mediata que el Código lógicamente pone en segundo lugar, dado que su punto de vista no es, como hoy creen muchos que debe ser, la relación económica en que se juntan la cosa y el sujeto.

Hace el artículo sinónimas dos palabras que, ni en derecho, ni en el uso común, lo son. Lo mismo hacía el art. 379 del proyecto de 1851, correspondiente al que comentamos. Esta igualdad de términos que aquí usa el Código, debe, por lo mismo, notarse especialmente para poder interpretar con precisión aquellas disposi-

ciones en que se emplean una ú otra de estas palabras. Bueno será recordar, sin embargo, que por *cosa* se entiende generalmente un objeto material, como tal objeto, é independientemente de cualquier relación que pueda tener con una persona ó ser de derecho, mientras que la palabra *bienes* indica ya que existe apropiación (1): diferencia implícita también en el mismo art. 333 cuando dice «cosas que son ó pueden ser objeto de apropiación». Cabría pensar que con esto quiere darse á entender que mientras la condición de apropiada no se da en la cosa, el derecho es extraño á ella; pero como la consideración de *bienes* se aplica aquí no sólo á las *apropiadas* (actualmente), sino á todas las *apropiables*, resta por ver si hay alguna *cosa* que, en el mero hecho de serlo, no sea juntamente *apropiable.*

Surge aquí el recuerdo de las *cosas* que llamaron el derecho romano, y luego las Partidas (3.ª, tít. XVIII, leyes 2.ª y 3.ª), *comunes*, como el aire, la luz, etc., las cuales, aunque por mucho tiempo se ha creído lo contrario, son apropiables en ciertas condiciones, mediante las que vienen á ser objeto del derecho de propiedad.

Tal vez se hubiera ilustrado toda esta doctrina con empezar dando la definición de *cosa*, como hacen los códigos de Austria, Portugal, Uruguay y algún otro (2), indicando luego que unas son *apropiables* y otras no, ó á lo menos que no lo son siempre en todas las circunstancias en que pueden hallarse con relación al hombre, produciéndose sólo su consideración de *bienes* cuando aquella condición existe. Por otra parte, y desde el momento que, según el espíritu de nuestro Código y de casi todos los modernos (en armonía con los más eminentes tratadistas), no hay, propiamente hablando, cosas *nullius*, puesto que las no reclamadas por nadie par-

---

(1) Asi opina, entre otros, el Sr. Escriche.

(2) Estas definiciones suelen, sin embargo, ser exclusivamente negativas, como la del código de Portugal, que dice (art. 369): «Se dice cosa en derecho á todo aquello que carece de personalidad», lo cual, sobre no ser completamente exacto según la ciencia moderna, por lo que toca á los animales, por ejemplo, no indica nada respecto á la propia naturaleza y condición de las cosas mismas.

ticularmente, ó son conocidas y caen en la propiedad de la nación, ó no son conocidas y (como el tesoro), tienen también predeterminada la propiedad, bastaría usar el término «cosas que son objeto de apropiación», sobre todo si se tiene en cuenta que la forma de presente de indicativo que en esta frase (en relación con las demás del artículo), afecta el verbo, es sólo aparente, valiendo como un condicional referido á todos los casos presentes y futuros en que la apropiación se verifica.

Volviendo á las palabras *cosas* y *bienes*, es evidente sobre todo que el Código se aparta, al hacerlas sinónimas, de la acepción general que tiene la primera, desde el momento que el núm. 10 del art. 334 y el art. 336 consideran respectivamente como *cosas* inmuebles y muebles *derechos* que no son *materiales*, sin que valga aquí la distinción romana de cosas *materiales* é *inmateriales*, puesto que, sin género de duda, el derecho no es una *cosa*, sino una *relación*.

Los redactores del código portugués tropezaron desde luego con esta dificultad, que su comentarista, el Sr. Días Ferreira, explica partiendo de la antigua consideración de cosas *incorporales* que daban los romanos á los *derechos* y *acciones*. Se prescindió allí, sin embargo, de esta clasificación, sin duda para seguir la del código francés, adoptando hasta las palabras *inmobiliarias* y *mobiliarias* de éste, porque, como dijo el ponente Sr. Seabra, le repugnaba «llamar *inmuebles* á los *derechos* equiparados á los inmuebles». De todas maneras, bien se ve que la palabra *cosa* ha adquirido en el derecho, siguiendo la tradición romana, una acepción que transciende del orden material y que decididamente se incluye en ella á los derechos, aunque sean relaciones y no objetos, si bien haciendo notar siempre, como luego veremos, de manera más especial la consideración en virtud de la cual se les equipara con aquéllas: *quæ tendit ad quid inmobile* ó *ad quid mobile.*

Hechas estas observaciones, cumple advertir que la clasificación que hace el art. 333, no es completa.

Los términos de *muebles* é *inmuebles* se hallan hoy en la ciencia y en la realidad de la vida jurídica en una verdadera crisis.

Rotos los moldes antiguos, quedan vagos los contornos de cada una de aquellas clases, permitiéndose la existencia de *cosas* que propiamente no corresponden á ninguna de ellas, ó más bien pertenecen á las dos, según la modalidad que afectan. Estas cosas, llamadas mixtas, son, como nota el Sr. Azcárate, «no sólo las muebles que se hacen inmuebles por su destino ó por incorporarse á un objeto de esta categoría, sino también algunas inmuebles que se hacen muebles, como sucede hoy ya con frecuencia con los árboles que son susceptibles de trasplante, y con ciertos edificios que pueden ser desarmados y trasladados á otro lugar, es decir, que es posible transportarlas de un lado á otro sin daño de su sustancia» (1). Esta consideración no ha sido aún apreciada por los códigos modernos, los cuales parten de la suposición de que todas las cosas son muebles ó inmuebles.

De todos modos, esta clasificación es hoy la más importante para el derecho. La cualidad de los bienes, como muebles ó inmuebles, transciende á todas las relaciones de propiedad, como son su adquisición, uso y pérdida, y particularmente á extremos tan capitales como la prescripción, el registro, la posesión, etc., aparte de que, según observa con razón el mismo Sr. Azcárate, los bienes muebles son por lo general susceptibles sólo «de propiedad privada y exclusiva». Esta transcendencia alcanza igualmente al derecho civil internacional, haciendo, como dispone el art. 10 del Código, que los muebles se rijan por la ley de la nación del propietario, y por tanto, de los extranjeros en España, y los inmuebles por la del país en que están sitos, con todas las consecuencias que esto produce para las relaciones de familia, las sucesiones, etc.

Más adelante se verá que no es esta clasificación la única que adopta nuestro Código. Explícitamente sólo menciona en el artículo 337 la de *fungibles* y *no fungibles;* pero de un modo indirecto reconoce en otros artículos la cualidad de *principales* y *accesorias* que tienen las cosas referidas entre sí, y la de *divisibles* é

---

(1) *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad;* t. III, págs. 99-100.

indivisibles que afectan, ya por su naturaleza propia, ya por la relación en que se hallan con los sujetos á quienes pertenecen.

Se explica la preterición en el Código de las cosas sagradas, religiosas y santas, como extrañas á la jurisdicción civil del mismo.

Resta, por último, advertir que el Código no se ocupa de todas las cosas muebles é inmuebles, sino que deja la consideración de algunas á leyes particulares. Así lo indica el art. 342 respecto de los bienes del Patrimonio Real. Quizá deba entenderse implícitamente lo mismo tocante á las cosas *religiosas* de que hablamos antes.

CAPÍTULO PRIMERO

De los bienes inmuebles.

ARTÍCULO 334

Son bienes inmuebles:

1.º Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.

2.º Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos á la tierra ó formaren parte integrante de un inmueble.

3.º Todo lo que esté unido á un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia ó deterioro del objeto.

4.º Las estatuas, relieves, pinturas ú otros objetos de uso ú ornamentación, colocados en edificios ó heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.

5.º Las máquinas, vasos, instrumentos ó utensilios destinados por el propietario de la finca á la industria ó explotación que se realice en un edificio ó heredad,

y que directamente concurran á satisfacer las necesidades de la explotación misma.

6.º Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces ó criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado ó los conserve con el propósito de mantenerlos unidos á la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.

7.º Los abonos destinados al cultivo de una heredad que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.

8.º Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas ó estancadas.

9.º Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones á permanecer en un punto fijo de un río, lago ó costa.

10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

La circunstancia de que el Código empiece á determinar la clasificación del art. 333 enumerando los bienes que han de considerarse como inmuebles, no debe entenderse en el sentido de que éstos sean el miembro más importante de aquella división. Así se les ha considerado hasta ahora, porque las condiciones de la vida económica habían hecho de ellos el elemento principal de la riqueza, y obedeciendo á esta tradición, es, sin duda, por lo que el Código trata de ellos primero; puesto que, como luego veremos, bien patente es la importancia, cada día mayor, adquirida por la propiedad mueble, cuyo concepto y condición jurídica penetra ya hasta algunos de los mismos que siempre se tuvieron como estrictamente inmuebles.

Si esta última cualidad tuviera una acepción puramente gramatical, el Código hubiera podido dar una definición de las cosas ó bienes inmuebles; pero como, por el contrario, tiene una acepción exclusivamente jurídica, que comprende en sí géneros de cosas por naturaleza diferentes, y aun elementos de condición ex-

traña á las cosas estrictamente dichas y sólo equiparados á ellas por apreciaciones de derecho que responden á varios y distintos sentidos, se comprende el sistema de enumeración que nuestro Código, conforme con algunos de los modernos, ha seguido. De los diez grupos de cosas que enumera el art. 334, difícilmente podría darse una característica común que por su mucha vaguedad no indujera á error: ni menos cabe comprenderlos á todos en una definición, cuyos términos quedarían de seguro faltos de homogeneidad.

De este modo el Código aventaja á las declaraciones vagas ó demasiado restringidas de nuestras leyes anteriores, que definían las cosas inmuebles como heredades, labores y cosas de esta calidad, que no se pueden mover y son inherentes al suelo (1). Estas mismas leyes solían llamarlas *raíces* (2), denominación que con más propiedad se aplicaba á los edificios y árboles. Por lo demás, acaso el Código, en lugar de afirmar que *son* inmuebles, pudo decir se *reputan*. Sería la expresión más exacta.

Examinando ahora los diez números que comprende la clasificación, se ve bien que aunque el Código no se detiene á clasificar los diferentes bienes que cita, como hace el código Napoleón, es muy fácil advertir los distintos conceptos ó criterios porque cada uno es considerado como inmueble. El citado código francés distingue tres clases: los que lo son por naturaleza, por su destino ó por el objeto á que se aplican (art. 517), y lo mismo el de Italia. El comentarista de nuestro proyecto de 1851 tuvo en cuenta estos conceptos, y algunos autores los amplían formulándolos de este modo: inmuebles que lo son por naturaleza, por incorporación, por su destino y por analogía. Pero no deben preocuparnos por ahora estas clasificaciones. Baste repetir que la palabra inmueble ha perdido su acepción directa y simple, aplicándose á muchas cosas que se pueden mover y llevar de una parte á otra fácilmente y sin destrucción de aquella principal á que pertenecen, quedando, pues, el va-

---

(1) Véanse leyes 1.ª, tít. 17, Partida 2.ª; 18, tít. 29, Partida 3.ª, y 3.ª, tít. 16, libro 10 de la Novísima Recopilación.

(2) Preliminar al tít. 17, Partida 2.ª

lor etimológico de aquella voz dominado por el sentido jurídico, según el cual se la aplica á objetos para cuya designación no fué indudablemente inventada.

Vengamos ya á estudiar particularmente cada uno de los números que comprende el artículo.

1.º Es más completo que su correspondiente del proyecto de 1851 (art. 380), y en él se incluyen, no sólo las cosas que la ley de Partidas llamó *raíces*, sino también otras enunciadas con más generalidad que en algunos códigos modernos, v. gr., el francés, que en punto á construcciones sólo se ocupa particularmente de los molinos (art. 519).

Las palabras *tierras* y *edificios*, no ofrecen dificultad alguna de interpretación; tampoco la de *caminos*. ¿Pero qué ha querido decirse con la de *construcciones*? La demasiada comprensión en las fórmulas legales, tiene á veces el defecto de suscitar dudas respecto de su aplicación concreta á casos determinados. El Código cualifica las construcciones diciendo que han de estar «adheridas al suelo». La adherencia, ¿ha de ser inmediata ó mediata? El código francés habla de los molinos «fijos sobre pilares y que constituyan parte del edificio». El de Italia menciona «los molinos, fábricas y otros edificios apoyados sobre pilares»; y aunque esta adherencia sea menor que la que supone el apoyar directamente las paredes ó muros sobre el suelo, es de presumir que también está incluída en el sentido de nuestro artículo, puesto que la interpretación debe ser amplísima mientras no haya reservas expresas.

Algunos comentaristas, fijándose especialmente en los molinos, suscitan la cuestión de si deben considerarse como edificios ó como construcciones. Esta duda no cabe en los códigos que hemos citado, pero sí en el nuestro y en el de Portugal, donde la discute el Sr. Días Ferreira. Para resolverla nosotros debemos acudir á los precedentes españoles; y puesto que la ley de Partidas (31, título 5.º, Partida 3.ª) manifiestamente excluye al molino de la condición de *edificio*, hay que suponer que ha sido igual la mente de los redactores de nuestro Código. Por tanto, cumple considerar el molino como construcción: con lo cual, sabido es que no ha de re

putarse inmueble si no está adherido al suelo. En este punto parece ser nuestro Código más restrictivo que, v. gr., el de Italia, el cual (art. 409) otorga también la consideración de inmueble á «los molinos, baños y demás construcciones *flotantes*», si bien con la condición de que estén «sujetos á la orilla con cuerdas ó cadenas», y «habiendo construcciones en esta misma orilla destinadas expresamente á este servicio»; pero, en rigor, esta disposición se halla contenida, y aun con mayor amplitud, en el núm. 9.°, que debe considerarse como un desenvolvimiento del último extremo de este que ahora examinamos.

También pudiera suscitarse en nuestro derecho una cuestión que se ha discutido mucho en Francia, y á la que, no sin razón, concede Laurent gran importancia (1): á saber, si los edificios son siempre inmuebles. El art. 518 del código de Napoleón parece decidir en absoluto la pregunta, puesto que dice que «los edificios son inmobiliarios por naturaleza»; pero los tribunales ofrecen en su jurisprudencia opiniones contradictorias. No creemos que éstas caben con referencia al Código español, cuyo precepto es terminante; sólo pudiera haber duda en un caso, precisamente aquel en que la *Cour* francesa de casación ha declarado que el edificio es cosa mobiliaria: cuando se trata de la venta de una casa para ser demolida inmediatamente (2) ó tras un breve plazo, y por consecuencia, de una relacion especial entre el hecho de su construcción y los derechos del que la construyó y la vende sobre el terreno (3). La razón de esta duda reside en que, debiendo cesar en su cualidad de edificio la casa (puesto que ha de derribarse), lo que propiamente se vende es los materiales de que se compone. La transcendencia de esta cuestión sólo es visible desde el punto de vista del pago de los derechos reales por transmisión del dominio, que es precisamente el en que la plantean los jurisconsultos franceses.

---

(1) *Principes de droit civil français*, núm. 416, y especialmente las páginas 517, 518 y 531.

(2) Véase Dalloz, 1.°, 317.

(3) Laurent, loc. cit.

Réstanos indicar que con la palabra *caminos* hay que suponer se refiere el Código á todos los caminos, tanto públicos como privados, y por tanto, también á los ferrocarriles, los cuales gozarían de igual consideración, aunque en vez del concepto *caminos* se les aplicase el de *construcciones*.

2.° Los árboles y plantas dependen del suelo en el cual están arraigados, y del que sacan los materiales de su existencia. Es lógico, pues, que se les considere como inmuebles mientras no pierdan aquella condición; y como los frutos, estando pendientes, también la cumplen por intermedio del arbol ó planta á que pertenecen, hállanse en el mismo caso. Veamos por separado las cuestiones que los dos extremos de este número suscitan.

Arboles y plantas.—Es preciso, para ser considerados como inmuebles, que estén unidos á la tierra ó que formen parte integrante de un inmueble.

La primera condición no admite duda, ni siquiera esclarecimiento. De ella se deduce que si los árboles están derribados, bien para leña, para madera ó para otro uso, se hacen muebles, como dice el código de Italia (art. 410), y que los cortes ordinarios de los sotos y de los montes adquieren esta cualidad á medida que se van efectuando (art. 521 del código francés). Abundando en este sentido lo explica el Sr. Días Ferreira, con relación al código portugués, en estas clarísimas consideraciones: «Aunque los árboles sean inmuebles como partes integrantes del suelo, las *cortas* de ellos en períodos regulares se equiparan á las cosechas de frutos, y la venta de cualquiera de esas cortas se considera como mueble. Por esto, el acreedor que tuviese hipoteca sobre el predio, no podría oponerse á que se hicieran aquellas cortas regulares, fundándose en que se disminuía su garantía; y por el contrario, el acreedor podría impedir las cortas de aquellos árboles que no son considerados como frutos (es decir, los no maderables, según la costumbre), sino como parte integrante del suelo.»

No creemos que la cuestión discutida por Demolombe, Pothier y Laurent (1) sobre la condición de los árboles de un vivero, á di-

(1) Tomo V, núm. 420, p. 526.

ferencia de los demás árboles plantados más ó menos definitivamente, tenga realidad ante nuestro Código, aunque algún comentarista español la ha recogido.

Pero ¿qué quiere decirse con la condición disyuntiva «ó formasen parte integrante de un inmueble?» ¿Cuándo los árboles no unidos á la tierra, desarraigados, pueden ser parte integrante de un fundo? Probablemente alude el Código en este caso á las maderas cuando éstas constituyen la explotación natural de la finca.

Frutos pendientes.—Mientras lo son, claro es que están unidos á la tierra, y cumplen así esta segunda circunstancia que menciona el número que examinamos. En virtud de ella se les considera como inmuebles. Pero, y las otras palabras del Código «ó formaren parte integrante de un inmueble», ¿pueden referírseles? Entendemos que serían aquí una redundancia: sólo estando pendientes cabe decirse que los frutos forman parte integrante de la tierra, y así lo dijo ya el derecho romano: *Fructus pendentes, pars fundi videntur.* Pero, y si existen dos derechos distintos sobre el inmueble—v. gr., el del dueño directo y el del colono,—¿podrá decirse que los frutos pendientes y que pertenecen sólo al colono son muebles á pesar de su situación, por no formar parte integrante del inmueble con referencia al arrendatario? Laurent se decide en este caso á considerar los frutos como separados del suelo, sobre el cual no tiene derecho alguno directo el colono. Nuestro Código parece terminante en este punto, puesto que dice sin reserva alguna «pendientes» y «mientras estuviesen unidos á la tierra». No creemos, sin embargo, que esto excluya la excepción que muchos autores hacen tocante á la venta de toda la cosecha ó de parte de ella cuando aún no está cogida (cosa frecuente con la uva y la naranja), y á la de leñas, considerando ambas como muebles. En cambio, alguna vez están los frutos cogidos afectos á responsabilidades de índole inmobiliaria, á tenor de lo que dice el núm. 3.º del art. 111 de la ley Hipotecaria: esto es, que «los frutos que al tiempo en que deba hacerse efectiva la obligación hipotecaria, estuviesen pendientes de los árboles ó plantas, *ó ya cogidos, pero no levantados ni almacenados*», se entienden hipotecados juntamente con la finca: donde

la razón de la adherencia al suelo desaparece para dar entrada á la de accesión natural, como dice el art. 110 de la mencionada ley.

3.° Corresponde este número á lo que los intérpretes del derecho romano llamaron *rex vincta,* definiendo su cualidad en esta forma: *Ea quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse* (ley 17, § 7, tít. 1.°, lib. 19 del Digesto). Tocante á ellas, hay que tener en cuenta el precedente de derecho patrio que se lee en la ley de Partidas, y según el cual, aunque estén aquéllas separadas *momentáneamente* del inmueble, si hay intención de reponerlas en él, siguen reputándose como inmuebles: disposición que igualmente se aplica á los materiales separados de un edificio para reponerlo (1). El precedente se impone, puesto que el Código carece de disposición concreta sobre este punto.

La misma ley de Partidas enumera alguna de estas cosas que son inmuebles por incorporación, y se entiende que forman parte del edificio á que están unidas: así cita los pozos, canales, caños, aguaduchos, «é todas las otras cosas que solían ser acostumbradas para servicio de aquella casa, quier sean dentro en ella ó de fuera»; y los alfolíes para pan, tinajas para aceite «que estuviesen otrosí fincadas ó soterradas, ó las otras cosas semejantes de éstas» (ley 29, mismo título y Partida), algunas de las cuales se contienen en el núm. 5.° de nuestro artículo. Entendemos, pues, que hay que seguir la doctrina de este precedente, sin preocuparse de plantear la cuestión que suscitan los comentadores del código francés sobre si aquellas cosas forman ó no parte del edificio; porque lo que aquí nos importa ahora, es sólo saber si son muebles ó inmuebles, y la decisión en este último sentido es perfectamente categórica.

4.° Los objetos referidos en este número son inmuebles á la vez por incorporación y por su destino; pero tienen, en parte, una diferencia con los comprendidos en el número anterior, y es, que pueden separarse sin quebrantamiento de la materia ó deterioro del objeto. Hemos dicho que esta diferencia es sólo en parte, y efecti-

(1) Ley 28, tít. 5.° Partida 5.ª

vamente, no cabe aplicarla á las pinturas si son al fresco ó están empotradas en la pared, de modo que sea imposible separarlas sin producir alguno de aquellos daños. Resulta, por tanto, que este número contiene, á la vez que un género nuevo de cosas, un desarrollo especial de las comprendidas en el anterior.

El Código ha sido aquí más explícito que el proyecto de 1851, que, siguiendo al derecho romano, sólo mencionaba las estatuas colocadas en un nicho construído expresamente en el edificio, porque, según se desprende de la ley 12, párrafo 23, tít. 7.°, libro 33 del Digesto, «la construcción del nicho descubre por sí sola la intención de perpetuo destino de la estatua, pues que el propietario no lo hizo para tenerlo vacío».

No indica el Código, ni para este caso, ni para los demás, las señales en virtud de las que ha de deducirse la intención de unir permanentemente una cosa á un fundo. En el caso del núm. 3.°, como ya observaba Goyena, es manifiesta la intención y no necesita de prueba, sea cualquiera la cosa ú objeto unido. En otros casos, cree el comentarista que «habrá de consultarse *la costumbre,* para distinguir entre el destino *temporal* y el *perpetuo,* bien sea por utilidad ó embellecimiento del inmueble». El código italiano es más minucioso y precavido, puesto que señala expresamente cuáles objetos han de considerarse destinados para permanecer constantemente en un terreno ó edificio; y dice que son: «los que estén sujetos con plomo, yeso, estuco ó materias análogas»; añadiendo que «los espejos, cuadros y demás adornos, se considerarán perpetuamente unidos al edificio, cuando formen parte del techo, de la pared ó del artesonado», y que las estatuas han de estar colocadas en un hueco hecho para ellas expresamente, ó formar parte de un edificio de una manera análoga á la de los objetos antes citados (art. 414). Lo mismo viene á decir el art. 525 del código francés. No hubiera estado de más que el nuestro especificase de un modo análogo el hecho de la incorporación permanente. Al no hacerlo así, es claro que deja la resolución de los casos concretos á los tribunales, según la resultancia de las pruebas ordinarias, y teniendo en cuenta también el derecho que corresponda

al que haya efectuado la unión de la cosa mueble á la inmueble; porque, como observa muy bien Laurent, no cabe suponer que verifique aquel acto con intención de permanencia más que el verdadero dueño del inmueble (1).

5.° La razón aquí es que los objetos se destinen á la industria ó explotación, y por eso el Código acentúa esta circunstancia, añadiendo á lo que decía el proyecto de 1851, que han de concurrir directamente «á satisfacer las necesidades de la explotación misma». Concuerda este número con el segundo extremo del párrafo primero del art. 111 de la ley Hipotecaria.

Las palabras *vasos, utensilios* é *instrumentos,* no necesitan de explicación particular. En la de *máquinas* pudiera suscitarse la duda de si los redactores del Código han querido ó no comprender los animales de labor, considerándolos como máquinas vivas. Estriba la duda en que algunos códigos incluyen estos animales entre las cosas inmuebles por su destino: así se ve en el código italiano (art. 413) y en el francés (art. 524); y en rigor hay en ellos la misma razón que en las máquinas industriales, puesto que unos y otros pueden verificar los mismos trabajos y están destinados al mismo fin (2). Preciso será, no obstante, creer que los redactores del Código han querido excluir á los animales de labor de la condición de inmuebles, puesto que no los mencionan de un modo expreso como convenía; aunque es verdad que tampoco mencionan el heno, las simientes y la paja y forrajes, que citan la legislación italiana y la francesa.

Adviértase igualmente que el número que nos ocupa exige que las máquinas, vasos, etc., estén destinados al servicio de la industria ó explotación «por el propietario de la finca». ¿Habrá de entenderse, por consecuencia, que se excluyen aquellas cosas entregadas á los renteros, colonos ó aparceros para el servicio ó cultivo del predio de que habla, v. gr., el código italiano? Téngase en cuenta que, lo mismo este código que el francés, dicen que las cosas han

---

(1) Tomo v, núms. 436 y 437.

(2) Véase Laurent, núms. 433 y siguientes.

de ser entregadas *por el propietario:* ¿no equivale esto á que él mismo las destine á la industria ó explotación realizada en la finca? Así creemos debe entenderse, y, por tanto, considerar á aquéllas como incluídas en la condición de inmuebles por destino, aunque el Código no las menciona expresamente. Abonan esta consideración además, respecto de algunas, el hecho de que sin ellas sería absolutamente imposible la explotación: ¿cómo, en efecto, podría lograrse sin simientes una cosecha? La razón es aquí análoga á la que se aplica luego en el núm. 7.°

Dos cuestiones suscita Laurent siguiendo á Demolombe en este punto. Refiérese una á la consideración de inmuebles aplicada á los muebles destinados al servicio de una fonda ú hospedería. En efecto: la fonda es una industria ó explotación industrial; los muebles son en ella utensilios destinados á la explotación: deben, pues, considerarse como inmuebles. Laurent advierte, sin embargo, que es preciso probar antes que la fonda constituye un fundo industrial y comercial, es decir, que ha sido construída expresamente con este fin por el propietario; de modo que el edificio y construcciones anejas no podrían destinarse á otro uso sin que sufriera pérdida en su valor el inmueble ó se hicieran precisos cambios considerables en la distribución (1); porque, en otro caso, cabría la objeción de que la fonda era una casa ordinaria que sirve de habitación á los viajeros, lo cual constituye para el fondista una profesión á la cual sirven los muebles, y, por tanto, más bien á la persona que al fundo; pero lo mismo podría decirse de las máquinas de una imprenta, fundición, etc.

Si se acepta la doctrina de Laurent, no vemos razón para aplicarla también al caso en que el dueño de la fonda, sin haber construído de planta el edificio, hace en él obras considerables de distribución, etc., para hacerlo propio de su nuevo uso, porque entonces hay iguales razones que las que Laurent expone para su caso.

La otra cuestión es análoga, puesto que se refiere á los muebles de un hotel construído por el propietario de unos baños ter-

(1) *Loc. cit.*, pág. 567.

males, para alojamiento de los bañistas. Se decidió que eran inmuebles por destino, apreciando la circunstancia de que, estando los baños en un bosque, lejos de toda habitación y no sirviendo el hotel y los muebles que le adornan más que en la temporada balnearia, había que considerarlos como accesorios esenciales para la explotación de las aguas (1).

En cuanto á las decoraciones y maquinaria de un teatro, siempre que llenen los requisitos pedidos en el número que examinamos, habrán de reputarse como inmuebles por destino.

6.° En realidad, los objetos contenidos en este número, son construcciones de las que cita el número 1.° Aquí sólo se añade la condición de que el propietario las haya colocado con el propósito de mantenerlas unidas á la finca, ó si las halló ya colocadas, las conserve con igual intención. En cambio se pide que formen parte de la finca de un modo permanente (como en el núm. 4.°), pero no que estén adheridas al suelo (como en el 1.°).

Pero el Código sólo habla de los viveros, palomares, etc. ¿Y los animales que allí existan? ¿Se seguirá el derecho romano, que los excluye de la condición de inmuebles (*pisces autem quæ sunt in piscinæ, non sunt ædium,* que dice el Digesto), ó el francés, que sostiene doctrina contraria (art. 254), aceptada también por el italiano? (art. 414). La observación que antes exponíamos, relativa á que si se interpretan como construcciones simplemente las cosas mencionadas en este número, no hay aquí más que una ampliación del núm. 1.°, pudiera llevar á creer, como algún comentarista quiere, que ha habido error ú obscuridad de redacción y que nuestro Código hace referencia á los animales que viven en aquellos viveros, palomares, etc. Así parece que debe ser, teniendo en cuenta que se trata de dichos animales con relación al lugar cerrado en que se les conserva.

7.° El proyecto de 1851 decía: «Los abonos destinados por el propietario al cultivo de sus heredades y puestos en éstas». El Código actual es más preciso y exigente, puesto que dice que los

(1) Párrafo 464.

abonos han de estar «en las tierras donde hayan de utilizarse», ó sea, no ya en la heredad ó fundo, sino en los mismos campos que van á abonarse. La razón es la misma que daba Goyena: «porque sólo así y teniéndolos á la vista, ha podido pensarse en ellos, y no puede ponerse en duda el destino que pensaba darles el propietario».

Por tanto, un depósito de estiercol, una cantidad de abono guardada en la granja, no son cosas inmuebles. El código francés y el italiano no son tan exigentes: se limitan á decir que los abonos son inmuebles por su destino; pero ya Laurent observa que, si los abonos se destinan á la venta, no son inmuebles, aunque radiquen en una heredad, porque el hecho que les da aquella condición no es la mera incorporación al suelo, sino al servicio á que se les destina (1), con lo cual viene á la doctrina de nuestro Código.

8.° Este número es nuevo con relación al proyecto de 1851. En su primera parte aparece como consecuencia del núm. 1.°, en que se llama inmuebles á las *tierras* en general. Hay que tener en cuenta que, según la ley Hipotecaria (núm. 9.° del art. 108), no se podrán hipotecar las minas antes de la concesión; pero esto no arguye nada contra la condición de aquéllas como bienes ó cosas, sino que se refiere sólo á la necesidad de la concesión para poder explotarse y considerarse legalmente como tales minas.

El código francés no contiene expresamente la declaración de inmuebles tocante á las minas, canteras y escoriales. Laurent se refiere, en cuanto á las primeras, á la ley de 21 de Abril de 1810, que dice que la mina es inmueble; pero advierte que ésta se compone de substancias que en sí mismas son *muebles,* y que se destinan también á serlo, aunque la naturaleza las haya incorporado á la tierra. La venta del suelo cuando comprende á la mina, añade, es *inmobiliaria* también en cuanto á ésta, puesto que se considera como formando parte del suelo; pero si lo que se vende es el derecho de explotarla, la mina se convierte en mueble, «puesto que se la considera como habiendo de ser separada del suelo: por tanto,

(1) *Loc. cit.*, párrafo 459.

desde que no se confunde con éste, es *mobiliaria»* (1). Tal viene á ser la doctrina de nuestro Código, puesto que para considerar inmuebles á las minas, canteras y escoriales, exigen que la materia de ellas permanezca unida al yacimiento, es decir, al suelo: una vez arrancadas de él, se convierte en mueble. Se trata entonces de los *minerales,* y no ya de la *mina.*

Las aguas vivas ó estancadas se clasifican, por lo común, como hace nuestro Código. Tal puede verse, por ejemplo, en el de Italia (art. 412). Natural parece suponer que si se trata de cantidades de agua recogidas ó pozadas para la venta pública, la condición de inmueble desaparece. No dice el Código si deben considerarse también como inmuebles los canales ó acequias que conducen el agua á un edificio ó terreno, como taxativamente expresan, entre otros, el código francés y el de Italia. La ley de Partidas que hemos citado en el comentario al núm. 3.°, se refiere sólo á los pozos, canales, etc., de una casa; pero no á los de un terreno. Parécenos, no obstante, que el aludido núm. 3.° es bastante comprensivo para incluir bajo su fórmula general esta especie de construcciones, á que también cabe aplicar el último inciso del núm. 1.°

9.° Ya hemcs adelantado nuestra opinión tocante á este número en el comentario del 1.°, refiriéndonos á disposiciones análogas de otros códigos. No creemos que es precisa mayor explicación.

10. En este número aparece como nuevo el apartado referente á las concesiones administrativas de obras públicas, que se consideran inmuebles del mismo modo que las concesiones mineras, según el citado art. 108 de la ley Hipotecaria. En cuanto á las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles, ya hemos explicado antes la ficción en que se apoya la ley para clasificarlos de este modo, que acepta y aprovecha la mencionada ley Hipotecaria.

Los derechos, como muy bien observaba Goyena, no son en sí mismos muebles ni inmuebles, puesto que no se pueden tocar; pero siendo preciso para los efectos de la ley clasificarlos en una de las dos especies, se han reunido naturalmente al objeto ó cosa en que

(1) Párrafo 407.

han de ejercitarse, y se consideran muebles ó inmuebles, según la diversa naturaleza de la cosa ú objeto. En estos mismos términos se explica el comentador del código portugués, Sr. Días Ferreira (1).

La redacción adoptada en este número se diferencia por su generalidad de la concreta que ofrecen el código francés y el italiano, pero concuerda con la del portugués (art. 375), aunque éste desarrolla luego el contenido en el art. 890, relativo á los bienes que pueden hipotecarse. Para igual efecto puede servir muy bien entre nosotros la ley Hipotecaria, que determina qué derechos reales pueden enajenarse, y cuáles no (arts. 106, 107 y 108). El Sr. Goyena examinaba en su comentario algunos de estos casos especiales, y será conveniente estudiar sus observaciones, comparándolas con la tan repetida ley Hipotecaria y con las disposiciones que más adelante consigna nuestro Código, respecto de cada uno de los derechos reales. Por el momento, creemos suficientes las consideraciones apuntadas, con sólo añadir que las especies de derechos reales que fija el código italiano, son el del enfiteuta, el de usufructo, el de uso, el de habitación y las acciones reivindicatorias de inmuebles ó derechos que se refieren á los mismos (artículo 415). Con más generalidad, el código francés cita las servidumbres ó cargas de las fincas (art. 526).

CAPÍTULO II

De los bienes muebles.

Lo que ocurre con la transformación de la riqueza inmueble, característica de nuestros tiempos, podría tomarse como un argumento contra los que sostienen la inmutabilidad del derecho civil. No se puede menos de reconocer que en las leyes civiles que reci-

---

(1) *Loc. cit.*, p. 377.

ben (y recibirán) un influjo directo del derecho romano, la ordenación jurídica de los bienes se hace considerando como objeto principal la tierra, el inmueble por excelencia; pero atendiendo á la condición actual de la riqueza humana, en modo alguno es la tierra, *inmueble*, el objeto principal del derecho; antes bien, la *idea* del *mueble*, es decir, la idea contraria á la *estabilidad* y *quietud* de la riqueza, es la que predomina. La tierra misma en este respecto tiende á *movilizarse*, á convertirse en objeto de fácil y rápido cambio, transmisible por modo *ideal* y *representativo*, mediante, por ejemplo, el *sistema Torrens*.

Todo ello nace de la estrechísima intimidad que existe entre el contenido de la vida y su forma jurídica, más concretamente aquí, entre la relación *económica* y la relación *jurídica (civil)*. A una vida limitada y pobre, ó, ya que no pobre, escasa en variedad de medios, corresponderá una ordenación jurídica poco compleja, con instituciones definidas é ideales bien determinados. A una vida social, rica, varia, de una estructura económica complicada, corresponderá una ordenación jurídica compleja, difícil, variable, transformable constantemente. Así se explica la diferencia de las instituciones jurídicas de los pueblos; así se explica la renovación incesante del derecho. Y cuenta que el fenómeno más notable en nuestros tiempos, es el que nos ofrece el radical cambio realizado en las condiciones económicas de la vida, que trae como consecuencia importantísima, en un sentido, la rotura del equilibrio social. Si el centro de gravedad de la satisfacción de las necesidades económicas era la tierra, y ésta con su carácter *estable* y *fijo* determinaba la ordenación jurídica, hoy ese centro de gravedad ha cambiado muchísimo. La masa de bienes que constituyen actualmente la riqueza humana, no se limita á la tierra ni á sus *naturales* y casi espontáneos frutos, sino que abarca una infinidad de *cosas*, producto de la actividad humana en sus manifestaciones industriales, y además otra infinidad de *creaciones* del ingenio y habilidad del hombre, que vienen á satisfacer por modos representativos y de una manera indirecta las necesidades materiales del mismo.

Y es lógico. La vida humana, en su aspecto total, se ofrece como una continua acción sobre la naturaleza, con el propósito de utilizarla, de convertirla en *bien;* el resultado más ostensible del progreso y de la civilización, de la creciente complejidad de las necesidades, es una extensión cada vez más amplia de la esfera á que aquella acción se extiende. El hombre de las sociedades modernas se caracteriza precisamente por haber alcanzado el grado más alto en tal sentido; es de esta suerte el que mayor suma de medios y de necesidades reune. Pero como en la amplificación de la esfera de la actividad humana, lo que se muestra con una superior perfección (intensidad y complejidad), es la actividad misma actuando sobre el medio exterior, de ahí que esa superior perfección tenga como inmediata consecuencia, un aumento en los productos hijos de la actividad, y una mayor importancia jurídica de todo cuanto á la regulación de la vida racional en esa esfera se refiere.

En todos sentidos puede demostrarse este fenómeno á que aludimos. Mil datos hay que lo comprueban. Así, por ejemplo, es uno la tendencia manifiesta de la población hacia las ciudades ó centros industriales; es otro, el carácter *industrialista* de la vida moderna; es otro, la misma cuestión obrera; otro, las crisis económicas agudas; y otro, en fin, la creciente importancia de los bienes muebles.

Sobre esto último es preciso insistir para ver si el articulado de nuestro Código civil responde al estado actual de la cuestión en la vida. Como advierte un tratadista italiano, Enrique Cimbali (1), «los progresos de la industria, fecundados por la potencia maravillosa del capital, han abierto una nueva fuente inagotable de riqueza, la mueble. De despreciada que fué en un tiempo, como fruto del trabajo servil—*movilium vilis possessio*—la propiedad mueble ha llegado á ser... émula peligrosa de la territorial.» En efecto: aquélla comprende hoy una suma enorme representativa de un valor y de una fuerza inmensos. En primer término, la concen-

(1) *La nuova fase del diritto civile*, pág. 181.

tracion é intensidad de la vida han determinado en la misma propiedad territorial una producción variadísima de medios de carácter industrial y mueble *por naturaleza*. La industria, en sus múltiples manifestaciones, acrece constantemente el producto ó productos *muebles* de la actividad humana. Como consecuencia de esto, el valor de ciertos bienes llamados inmateriales, porque no se concretan en objetos exteriores y tangibles, como las aptitudes personales, las profesiones, el trabajo, en suma, como medio (servicio), y las funciones sociales encaminadas á promoverlo y formarlo (educación, enseñanza, cultura social), ha subido de un modo prodigioso. Para atender á necesidades que, por añadidura, surgen en esta transformación radical de la vida, se ofrecen nuevos medios en las vías de comunicación rápidas y variadísimas, en la importancia de la moneda y de los signos representativos del valor, en la del crédito y los instrumentos que para la garantía y posibilidad del mismo inventa el hombre...

Con todo esto, ¿qué de particular tiene que hayan cambiado las condiciones económicas de la vida y que este cambio se refleje inmediatamente en la ordenación jurídica de las relaciones humanas? Prueba de esto último la tenemos, no tanto en los códigos civiles, que se forman aún bajo la presión del derecho romano y del código de Napoleón, sino en las legislaciones industriales especiales y en las tendencias á una reforma radical jurídica que se significan en las aspiraciones de las clases jornaleras.

Los códigos civiles, en verdad, al regular la riqueza mueble, encuéntranse en una situación difícil, creada por la fuerza, casi invencible, de la tradicion, que define y hasta cristaliza los conceptos jurídicos fundamentales, y por la indeterminación de la idea moderna, nacida de la transformación radical de la vida á que hemos aludido. El concepto del *mueble*, como opuesto al del *inmueble*, está hoy en una gran indefinición: no es aquél ya el objeto capaz de cambiar de lugar. Esta definición, en realidad, no comprende todos los muebles por naturaleza, y mucho menos los que al tenor de nuestro Código *se reputan tales*. Además, la *materialidad* de ser trasladable un objeto en sí mismo, no es cualidad suficiente, que por sí sola entra-

ñe todas las consecuencias jurídicas que surgen de la diferencia entre el inmueble y el mueble. Basta tener en cuenta cómo el Código civil tiene buen cuidado de considerar ciertos muebles como inmuebles por la *disposición* en que se encuentran colocados, y la existencia, á que ya hemos hecho alusión, de objetos de carácter mixto, ya muebles, ya inmuebles (1). Por otra parte, no es imposible concebir una manera de organización de la misma propiedad territorial, en que ésta pierda mucho, en el orden de las relaciones sociales, de su carácter fijo, y por representación adquiere cualidades de mueble. Por el *sistema Torrens* (2), á que hemos hecho alusión, se ha conseguido esto.

Pero sin insistir más en estas consideraciones, aunque teniéndolas en cuenta, es preciso preguntarse ya: ¿el articulado de nuestro código, respecto á la determinación jurídica de los bienes muebles, responde: 1.°, al concepto actual de éstos: 2.°, á la exigencia de su creciente importancia social?

Desde luego puede afirmarse que no, aun cuando sea preciso hacer ciertas salvedades: es la primera que acaso no ha llegado el mo-

---

(1) Véase Azcárate, lugar citado. Giner, *Resumen de filosofía del derecho*, pág. 308.

(2) Véase Ives Guyot, *Journal des Economistes* (Octubre, 1892); Roberto Torrens, *An Essay of the transfer of land by registration;* R. Denny Urlin, *Is it desirable fo introduce into the united kingdom an official record of righs and interets in land such as existi in the Australasian colonies?* Donnat, *Le politique experimentale*, cap. 15. El sistema Torrens se aplica en Australia á partir de 1858. Consiste en lo siguiente: quien desee colocar su propiedad bajo el régimen Torrens, envía al registro un plano y descripción de la finca. Los funcionarios especiales la examinan como si la comprasen y anuncian en los periódicos para que se hagan todas las reclamaciones á que hubiere lugar. Si las hubiere, el interesado es el encargado de dirimir las diferencias. Luego que el derecho es claro, se hace la inscripción circunstancial, con su plano, entregándose al propietario copia de aquélla y fotografía de éste. A partir de aquí, el registro responde de todas las reclamaciones, hasta indemnizar al propietario en su caso, percibiendo un derecho de seguro por esta garantía. La transmisión de la propiedad asi asegurada se hace por el endoso de la cédula ó copia del título registrado.

mento en que pueda traducirse, bajo forma jurídica dogmática, la condición novísima de la riqueza mueble, y, además, que cierta vaguedad ó mejor amplitud con que en el art. 335 se definen los bienes muebles, cuadra muy bien al estado actual del problema, y por fin, que el 336 es una *puerta abierta* á la riqueza mueble en sus formas novísimas.

Veamos detenidamente los artículos.

ARTICULO 335

Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto á otro sin menoscabo de la cosa inmueble á que estuvieren unidos.

Ante todo deben hacerse algunas observaciones sobre la redacción literal de este artículo:

1.ª El artículo no define los bienes *muebles* según su condición natural. Dice *se reputan* y no *son*. La definición es una *creación legal*, una fórmula *jurídica*.

2.ª No abarca todos los muebles por naturaleza, sino que procede primero por exclusión, *reputando*, al tenor del capítulo anterior, como *inmuebles* algunos que en sí mismos no lo son.

3.ª Este artículo atiende para determinar la última diferencia del mueble á la cualidad material y ostensible de la posibilidad del cambio de lugar sin menoscabo del inmueble á que estuviese unido, con lo cual se excluyen (artículo siguiente) otras cosas que también *son* ó *se consideran* muebles.

De todas suertes, con estas salvedades y por ellas, en este artículo se comprenden los bienes muebles que al tenor de otros códigos extranjeros (francés, italiano, etc.) se denominan muebles por *naturaleza*, para diferenciarlos de los muebles por *determinación de la ley* y que nuestro Código viene á comprender, *considerándolos también como muebles* en el artículo siguiente.

Es preciso ver qué muebles *se reputan* tales, según el Código.

Algún comentarista tacha á éste el empleo de la frase *se reputan*, añadiendo que debiera decir *son*, á nuestro modo de ver sin razón alguna. Es cierto que los muebles á que el art. 335 se refiere *son* muebles «por naturaleza y sin ficción alguna»; pero debe tenerse en cuenta que hay otros objetos *muebles*, también por naturaleza, que, á pesar de ésto, se definen jurídicamente como inmuebles (números 4.°, 5.°, 6.° y 7.° del art. 334) por su disposición y destino: ¿es que en sí mismos son éstos inmuebles? No, sino que lo son para los efectos jurídicos positivos. El Código exige para considerar mueble un objeto, no sólo que en sí mismo lo sea, sino que lo sea *separadamente*, con substantividad, digámoslo así, «sin menoscabo de la cosa inmueble á que estuviese unido». En tal supuesto, el Código puede decir *se reputan*, por *son*, como, según observamos antes, debió decir *se reputan*, y no *son* al hablar de los inmuebles en el art. 334.

Además, muchos inmuebles lo son siempre, considéreseles como quiera: unos de un modo necesario, porque no hay modo de cambiar su forma (salvo representativamente), otros mientras mantienen su forma actual. De los primeros, tenemos la tierra. Entre los segundos, un edificio ó construcción (*adheridos* al suelo). Estos últimos están constituídos por muebles que dan lugar al objeto inmueble, el cual, como los exige por condición, les imprime su propio carácter; de ahí que digan los tratadistas como Laurent (1), Ricci (2), Lomonaco (3) y otros, que no hay muebles por destino ó en razón del objeto á que se dedican. Así, según hemos indicado ya, los materiales de un edificio que se destruye son muebles, pero no porque el edificio se convierta en tal cosa, sino porque los materiales se movilizan y se destruye la forma de aquél, como esos mismos materiales eran muebles antes de construirse el edificio y cuando aparecen reunidos á este efecto.

La redacción del art. 335 diferénciase de la que pudiera conceptuarse tradicional en nuestro derecho (según se ve en la ley 4.ª,

(1) Obra citada, tomo v, pág. 612.

(2) *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, VII, pág. 54.

(3) *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, por Fiore. Vol. III, por Lomonaco, pág. 102.

tít. 29, Partida 3.ª) (1), y diferénciase también de la forma adoptada por muchos códigos extranjeros, como el francés (arts. 527, 528, 531 y 532) y el italiano (arts. 417, 419 y 420), asemejándose en parte á la del portugués (art 376).

En efecto, nuestro Código en el artículo que comentamos no ha querido especificar los muebles por naturaleza, contentándose con definirlos de un modo general, si bien añadiendo el art. 336 para aclarar la condición de ciertos bienes cuya naturaleza *no material* pudiera ofrecer dudas. De todas suertes, nuestro Código es en el presente artículo menos casuístico que los códigos citados, rompiendo en esto con la norma establecida por el código francés, sin llegar, no obstante, á aquella fórmula más general y vaga que, según el profesor Lomonaco (2), podrían aceptar los códigos, diciendo que son bienes muebles todos los que en el artículo anterior no figuran como inmuebles (en tal sentido están redactados el código chileno y el prusiano). Fórmula esta que el citado profesor no conceptúa la mejor, por la necesidad, dice, de prevenir las dudas que algunos objetos suscitan, y de romper con la influencia tradicional que consideraba como inmuebles algunos derechos que hoy no tienen tal carácter (rentas de inmuebles, por ejemplo).

Aclaración.—Para aclarar el contexto del art. 335, debe hacerse, por de pronto, una distinción que surge espontáneamente de su lectura. Según aquél, pueden designarse los muebles, bien como *excepción* del art. 334, bien de un modo *general* (que pueden transportarse de un punto á otro sin menoscabo del inmueble á que estuviesen unidos). Esta distinción sirve para especificar los muebles por naturaleza y aun otros.

Veamos cómo: al tratar de definir en la práctica un objeto cualquiera, el procedimiento obligado y natural, es: 1.°, ver si está comprendido en la condición general de transportarse de un punto

(1) Muebles son llamadas, dice la ley de Partidas, todas las cosas que los omes pueden mover de un lugar á otro. E todas las que se pueden ellas por sí mover naturalmente.

(2) Obra citada.

á otro, ya por virtud de un impulso que radique en el objeto mismo (semovientes), como los animales, ya (según define el código francés) por efecto de una fuerza extraña, como las cosas inanimadas; 2.°, ver si ese cambio de lugar acusa en el objeto una manera de ser *por sí*, esto es, si se hace tal cambio sin menoscabo de la cosa inmueble á que estuviese unido, y como aclaratorio de esto último, 3.°, si no está comprendido en alguno de los *diez* casos del art. 334. De suerte que la condición del mueble resulta de que lo sea por naturaleza, y de que el Código así lo repute en virtud de la exigencia ya determinada.

Los bienes muebles comprendidos en este artículo.—Conviene, por fin, fijar qué bienes son los que se reputan muebles:

1.° Los seres animados (semovientes), salvo las excepciones del núm. 6.° del art. 334, á saber, los comprendidos en viveros, palomares, etc., etc.; no así los animales domésticos dedicados á las labores é industrias, pues no pueden considerarse, según dijimos, en el núm. 5.° del mismo artículo en la categoría de máquinas, vasos, instrumentos ni utensilios.

2.° Aquellos edificios y construcciones no adheridos al suelo; así, por ejemplo, las casetas ambulantes de mercados, ferias ó baños (excepcionadas éstas del núm. 9.° del precitado artículo), los *hornos* y *paneras*, tan comunes en Asturias y Galicia, salvo siempre que formen parte como anexo de un inmueble por su disposición y destino (1).

3.° Los materiales de un edificio que se destruye, ó reunidos para construirlo.

4.° Los árboles y plantas separadas del suelo, y los objetos que de ellos puedan resultar en el comercio.

5.° Los frutos desprendidos.

6.° Los objetos que, aunque estén en un inmueble, se pueden separar del mismo sin deteriorarlo, por ejemplo, los muebles de menaje, cuadros, relieves, estatuas, etc., que no forman parte integrante del inmueble.

(1) En este sentido, entre otras resoluciones, ha dictado la Dirección de los Registros la de 7 de Agosto de 1863.

7.° Máquinas, vasos, instrumentos y utensilios sueltos portátiles, no destinados á esos inmuebles con las condiciones del número 5.° del art. 334.

8.° Las naves de todo género, cuando tienen la condición de independientes, es decir, cuando no están comprendidas en el caso 9.° del mismo artículo.

9.° Los abonos en depósito, no destinados ya especialmente á la finca.

10. Los minerales y demás productos de canteras y escoriales extraídos.

11. Los derechos reales sobre bienes muebles.

Pasemos ya al artículo siguiente, que completa la teoría del Código civil relativa à los bienes muebles, explicando la condición de ciertos derechos ó *formas de goce* (bienes).

ARTICULO 336

Tienen también la consideración de cosas muebles las rentas ó pensiones, sean vitalicias ó hereditarias, afectas á una persona ó familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios.

Observaciones.—La primera observación que se ocurre al comentar este artículo es si era necesario. Bien está que en los códigos donde se procede especificando los muebles por naturaleza, se especifique inmediatamente los muebles según la ley; pero cuando se sienta un principio de carácter tan comprensivo como vago, cual es aquel según el que «*se reputan* muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior», parece que huelga la enumeración de los que como muebles se consideran en el artículo 336. Comprendidos como *bienes*, con la categoría de *incorporales*, los *derechos*, en virtud de la distinción corriente, aunque inexacta, de las *cosas (corporales)* y de los *derechos (incorporales)*, al tropezar en la práctica con un derecho de los no comprendidos

en el número 10 del art. 334, debiera *reputarse* como bien mueble: *bien* en el sentido de que tal derecho entraña un goce ó utilidad en favor del sujeto, y *mueble* en cuanto no está *comprendido en el capítulo anterior*.

Se explica, sin embargo, el art. 336, por la misma indefinición y vaguedad en que la materia se halla, y á causa de las dudas á que puede dar lugar la consideración de ciertos derechos *representativos de bienes,* en virtud de la fuerza de la tradición, y aun del período crítico que atraviesa el derecho civil. Esto, aparte de que es difícil al legislador romper siempre con la rutina que con fuerza encuentra establecida.

Pero, aun cuando se admita como necesario, ó conveniente á lo menos, el artículo, queda otra cuestión: ¿puede aceptarse el contexto del art. 336 como expresivo de los derechos llamados incorporales, muebles para los efectos jurídicos? No, sin duda. Es deficiente la redacción del Código. Son en este punto más completos y comprensivos el código francés y el italiano, en cuanto especifican más que el español al hablar: 1.º, «de las obligaciones y acciones que tienen por objeto sumas exigibles ó efectos muebles» (código francés), y «de los derechos, obligaciones y acciones, aunque sean hipotecarias, que tienen por objeto sumas de dinero ó efectos muebles» (el italiano): 2.º, de las acciones y cuotas de participación en compañías mercantiles ó industriales, aun cuando las mismas tengan inmuebles, y 3.º, de las rentas del Estado.

Todos estos derechos, en su concepto legal de bienes, es preciso definirlos al tenor de nuestro Código, bien por la regla general de excepción del art. 335, como no comprendidos en el capítulo de los inmuebles, bien por analogía (las rentas del Estado), bien atendiendo á disposiciones vigentes del Código de Comercio ó de la ley Hipotecaria.

En efecto, ninguno de los derechos (incorporales-bienes) enumerados taxativamente en los códigos citados, figura en los *diez* números del art. 334; son muebles, por tanto, pero al tenor del artículo 335. En este caso están todos. Los derechos, obligaciones y acciones que tienen por objeto cantidades exigibles en dinero ó

efectos muebles, son ó se consideran muebles. Igualmente lo son las rentas del Estado en cuanto afectan á personas y no gravan un inmueble, y por fin, las acciones y cuotas de participación en las sociedades mercantiles é industriales, excluídas por el art. 4.º de la ley Hipotecaria de entre los inmuebles, sin duda atendiendo á que las personas de los socios son completamente distintas de la persona colectiva *sociedad*, y si bien ésta puede poseer el inmueble, el socio, mientras la sociedad dura, no tiene derecho á los bienes más que en la proporción de sus acciones ó de sus cuotas de participación; derecho esencialmente mueble, por cuanto las relaciones en que puede encontrarse respecto á la hipoteca, enajenación y demás, toman una forma especial, distinta de cuando se trata de inmuebles.

Análisis del artículo.—Notadas estas deficiencias que hay en el art. 336, podemos pasar ya á examinar su contenido. Cuatro clases de *cosas muebles* se ofrecen en él como determinación legal: 1.ª, rentas ó pensiones, vitalicias ó hereditarias, afectas á una persona ó familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble; 2.ª, oficios enajenados; 3.ª, contratos sobre servicios públicos, y 4.ª, cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios.

Primera clase.—Salva la falta de una alusión directa á las rentas del Estado, el texto es en este punto bien claro y muy justificado en todos sus términos. Para penetrar bien su sentido, es preciso tenerlo siempre en relación con el núm. 10 del art. 334.

La renta ó pensión, consistentes, como advierte Laurent, en el derecho á una prestación periódica en dinero ó especies, en cuanto suponen un crédito que no da al acreedor facultad para exigir su reembolso, obrando sobre un inmueble determinado, es en sí mismo, como derecho, un derecho de carácter mueble, siéndolo además los objetos ó cosas sobre que recae ó en que consista. Las rentas ó pensiones pueden estipularse, ya vitalicias, en favor de la persona que las estipula, durante su vida, ó de un tercero durante su vida también, ya hereditarias; en ambos casos, como no graven un inmueble, es decir, como no sometan en favor del acreedor una cosa

inmueble determinada, en cuyo caso caen dentro del núm. 10 del artículo 334, son ó se consideran las rentas y las pensiones como cosas ó bienes muebles.

Segunda clase.—Tienen los *oficios enajenados* una importancia cada vez menor. Son restos de un régimen político que se transforma y quedan de ellos sólo rastros llamados á desaparecer completamente. Esta consideración ha movido á algunos á conceptuar innecesaria la cita que de ellos hace el Código. No diremos que los que así piensan tengan razón perfecta, pero sin duda ninguna que podía el Código haber guardado silencio, sin que tal silencio diera lugar á fundadas censuras.

Sabido es en qué consisten los oficios enajenados. Merced al concepto *patrimonial* del poder político, como poder soberano personal del Rey, las funciones ó cargos del Estado eran considerados bajo el imperio de la Monarquía absoluta como *propiedad real*, de la que el Monarca se desprendía, bien temporalmente por delegación en funcionarios, bien de un modo perpetuo, mediante la enajenación del ejercicio privilegiado y personal del servicio público, por un precio. Al cambiar radicalmente la condiciones del Estado, al entronizarse las ideas políticas que son la negación del carácter absoluto y personal del poder, en virtud de la afirmación de la soberanía, como atributo del pueblo, de la nación ó del Estado, y sobre todo, en virtud de la instauración del régimen constitucional representativo, las funciones del Estado toman el verdadero carácter de oficios públicos, que se desempeñan en razón de aptitudes especiales, ó de representación, y por lo general retribuídos. Pero al verificarse en la práctica el cambio ó transformación de las instituciones políticas, no pudo romperse desde luego y de un modo absoluto con el pasado, haciendo sin más que tales funciones (oficios) enajenadas revertiesen al Estado, desposeyendo á sus *propietarios*, sin tener en cuenta que habían éstos adquirido tales oficios bajo condiciones normales de una organización positiva reputada justa. De ahí que se procediese por medio de indemnizaciones, reconociendo al poseedor, no el derecho al oficio en sí mismo, sino á un cierto valor representativo del goce, utilidad (bien) que el oficio

enajenado suponía. Como esto, al fin y al cabo, entraña un derecho á un goce, que puede entrar en una porción de relaciones con efectos jurídicos, de ahí la necesidad, mientras subsistan rastros de los oficios, de definirlos y regularlos. En nuestro derecho patrio no han sido considerados siempre de la misma manera, y esto, con otras muchas rectificaciones del derecho positivo, prueba lo que decimos de lo inseguro é indeterminado de la naturaleza jurídica de los muebles. Los oficios enajenados, cuyo régimen actual es la ley de 18 de Junio de 1870 (1), tienen la consideración de muebles á partir de la ley Hipotecaria (art. 4.º). Antes, lo mismo por las leyes recopiladas (ley 3.ª, tít. 16, libro 10), que por el proyecto de Código de 1851 (art. 380), tenían la consideración de inmuebles.

Tercera clase.—No creemos enteramente justificada la inclusión expresa de los contratos sobre servicios públicos entre los muebles, y no porque conceptuemos tales contratos al igual que las concesiones administrativas que el Código, como hemos visto, in-

(1) En su art. 5.º, la ley citada en el texto establece para la reversión al Estado de los oficios de la fe pública enajenados de la Corona y para la provisión de las Notarías, las reglas siguientes: Primera. Quedan reincorporados á la Nación todos los oficios de la fe pública, judicial ó extrajudicial, enajenados de la Corona, cualquiera que fuese su denominación y clase, conforme á las disposiciones 3.ª y 4.ª de las transitorias de la ley de 28 de Mayo de 1862. Segunda. Los títulos de oficios cuya clasificación se hubiese efectuado ya, en virtud de los decretos de 26 de Enero y 26 de Junio de 1869, y declarados con derecho á indemnización por el Ministerio de Gracia y Justicia, serán remitidos por éste inmediatamente al de Hacienda para los efectos oportunos de liquidación y pago. Tercera. Los dueños de oficios no clasificados que no soliciten la indemnización dentro de un año, á contar desde la publicación de esta ley, perderán el derecho á ella. Cuarta. El Ministerio de Hacienda dictará las oportunas disposiciones acerca de la manera de realizar dicha indemnización y de determinar la preferencia, en su caso, entre los dueños de los oficios. Quinta. El Gobierno indemnizará á los propietarios de los oficios enajenados á quienes fuese reconocido el oportuno derecho, en títulos de la Deuda pública á precio de cotización ó en metálico. Sexta. La provisión de las Notarías se hará en virtud de oposición, conforme á la ley de 28 de Mayo de 1862 y decreto de 5 de Enero de 1869.

cluye en el núm. 10 del art. 334, como inmuebles; nada de eso: la diferencia capital entre el contrato de un servicio público, que no hace al contratista propietario del mismo, y la concesión administrativa de un ferrocarril, de un tranvía ú otra por el estilo, que convierte al concesionario en verdadero propietario, con derecho á inscribir, hipotecar y demás, es bien clara. Creemos que no hacía gran falta la enumeración expresa de los contratos sobre servicios públicos, porque éstos por sí mismos no son objetos jurídicos distintos de cualesquiera otros contratos, y al no incluir éstos taxativamente en el art. 336, podría haberse prescindido de aquéllos. Tales contratos, por lo aleatorio, por lo temporal de los mismos y por el carácter que el contratista tiene, el cual no goza del objeto del servicio, sino que presta éste á cambio de una remuneración dada, no pueden en manera alguna considerarse como inmuebles. Podría, ya que ninguna duda ofrece, quedar, supuesta su calificación de muebles, en la exclusión que de los mismos se hace en el capítulo de los inmuebles y en virtud del art. 336.

Cuarta clase.—Ninguna prueba tan palmaria de la transformación que en nuestros tiempos sufre el concepto de los bienes en el sentido de su movilización, transformación á que ya aludimos al principio de este libro, y más especialmente al principio del presente capítulo, como la consideración de las *cédulas ó títulos representativos de préstamos hipotecarios* como bienes muebles, ya que al fin tales cédulas ó títulos implican una forma de movilización del *valor* de la propiedad inmueble por excelencia, á saber, de la propiedad territorial. Por esto mismo no es extraño que ofrezca serias dudas á algunos, si el Código civil anduvo ó no acertado al definir como muebles las cédulas ó títulos hipotecarios, pues se preve quizá que por tal camino, si llega á hacerse una separación adecuada entre el fundo, que por su naturaleza no cambia de lugar y es materialmente *inmueble,* y el documento representativo de su valor (por ejemplo, una cédula del sistema Torrens), circulante, variable, anónima, rigurosamente mueble, tan mueble como un documento endosable, ya que no al portador, v. gr., como un billete de Banco; se preve, repetimos, que por tal camino vendrá un momento en que la

noción de lo inmueble desaparecerá casi por completo de los códigos.

Pero es preciso no alarmarse demasiado y tomar las cosas no tanto como son cuanto como están. La propiedad inmueble hoy por hoy en España, con el Registro de la propiedad y las dificultades mil que aun encuentra para su transmisión, es inmueble de veras, y no hay que confundir el hecho mismo de la propiedad con las relaciones especiales jurídicas á que puede dar lugar en virtnd de la creciente complejidad de la vida económica.

El punto de vista en que debemos colocarnos para decidir si el Código civil anduvo ó no acertado al considerar como muebles las cédulas ó títulos representativos de préstamos hipotecarios, es el que resulte del examen de la naturaleza de éstos, en sí mismos, digámoslo así. Las cédulas ó títulos de que se trata son documentos, instrumentos de crédito, emitidos por las sociedades de crédito territorial, en representación de préstamos hechos con garantía de inmuebles, y cuya cobranza, así como el pago de intereses, están regularizados por las precitadas sociedades. Prescindamos por un momento de cómo está este asunto en España por razón del privilegio del Banco Hipotecario. Las cédulas ó títulos pueden ser al portador ó nominativas; en ambos casos, son ó representan valores realizables, y con perfecta garantía, por lo cual no tienen carácter precario é inseguro. Ahora bien; si la distinción entre los muebles é inmuebles radicase en que los primeros son menos seguros, de más fácil destrucción ó pérdida y menor garantía, en tal caso no habría motivo para conceptuar las cédulas ó títulos hipotecarios como muebles. Pero no se trata de eso, y probablemente el legislador tuvo presentes otras razones más fundamentales para comprenderlos en el art. 336. Sin duda vió en la misma cédula ó título un valor real, que mientras exista la garantía de la colectividad Banco, tiene una cierta independencia, es algo que subsiste por sí en el mercado, que circula con facilidad y prontitud, sin solemnidad alguna, salvo en su caso el endoso. El documento representativo del préstamo hecho, con la garantía del inmueble, toma en la vida económica una substantividad, condicionada por la interven-

ción del Banco. Buena prueba de ello es que las cédulas ó títulos se transmiten sin afectar al inmueble hipotecado como garantía. Se justifica además lo que decimos, sabiendo distinguir la relación jurídica entre el Banco como prestamista y el deudor que le hipoteca sus bienes á responder de la cantidad recibida del Banco, y la de éste con el tenedor de la cédula ó título hipotecario, relación en la cual se ofrece como independiente, transmisible con facilidad, con el carácter, en suma, de mueble.

En España, aun cuando corresponde por el Código de Comercio á los bancos ó compañías de crédito territorial la facultad de emitir cédulas hipotecarias, existe con el carácter de privilegiado el Banco Hipotecario, el cual puede emitir cédulas nominativas y al portador, al tenor de la ley de 2 de Diciembre de 1872 y estatutos del Banco Hipotecario, según el Real decreto de 12 de Octubre de 1875. Las disposiciones de esta ley que más importa tener en cuenta para la recta interpretación de este artículo del Código civil, son el art. 23 en que se especifican las operaciones del Banco Hipotecario; los 26, 28, 29, 30, 31 de la misma, en que se fijan las garantías de las cédulas, el modo de hacerlas efectivas, el pago de sus intereses, su fuerza legal y demás detalles con las cédulas relacionados. En cuanto al reglamento y estatutos del Banco, importa tener presente los artículos 2.º y 5.º, tocante á las operaciones del mismo, y más principalmente el tít. 5.º, en el cual se definen las cédulas hipotecarias, se señalan sus condiciones y regulariza su papel en la vida económica. Debe, sobre todo, fijarse la atención sobre el art. 96, en el que se dice: «las cédulas hipotecarias son títulos emitidos por el Banco Hipotecario en representación de préstamos acordados por el mismo y garantidos con inmuebles, de conformidad á lo que previenen los presentes estatutos»: el 100, en el cual se dispone que «los portadores de cédulas hipotecarias no podrán ejercitar otra acción para recobrar los capitales é intereses exigibles que aquella de que puedan hacer uso *contra la sociedad*»; y el 106, según el que «el Banco reconoce al portador de las cédulas como propietario de las mismas, y á la persona que presentó los cupones como propietario de ellos».

Con lo expuesto creemos haber dicho lo suficiente para la clara interpretación del art. 336, así como respecto á las varias cuestiones á que da lugar.

ARTICULO 337

Los bienes muebles son fungibles ó no fungibles.

A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado á su naturaleza sin que se consuman; á la segunda especie corresponden los demás.

Dos cuestiones muy interesantes se ocurren examinando este artículo. La primera, si es de absoluta necesidad que el Código defina y clasifique los bienes del modo dogmático que en él se hace, y la segunda, si es aceptable el concepto que el Código nos da respectivamente de los bienes muebles *fungibles* y *no fungibles*.

Acerca de la primera, pueden dirigirse al Código algunas observaciones, teniendo en cuenta que el que ahora clasifique y otras veces no, acuse un criterio vario y no muy lógico. Bien mirado, quizá pudo y debió el Código prescindir de clasificar los muebles en fungibles y no fungibles, con esa forma didáctica que emplea, más propia de un libro de texto, puesto que, según indicamos en otras ocasiones, cuando llegan otros momentos tan oportunos, á lo menos como ahora, de clasificar, se abstiene. Así, según dijimos ya, prescinde el Código de clasificar expresamente los bienes en corporales é incorporales, en el comercio y fuera del comercio, principales y accesorios, estimables y no estimables, etc., etc., dejando que muchas de ellas se infieran de las relaciones jurídicas en que los diferentes bienes entran como contenido de utilidad. Y pudo prescindir de la clasificación del art. 337, si se tiene presente la circunstancia de que hay entre las clasificaciones citadas alguna de verdadera transcendencia, que al pronto indican su importancia jurídica, lo cual no sucede con la del artículo citado en el lugar y forma en que se ofrece, pues resulta pegadizo y sin graves consecuencias, siendo necesario llegar, por ejemplo, á los contratos para ver lo que tal clasificación importa.

Por otra parte, el legislador, al redactar el art. 337, se ha separado del criterio en que se inspiran muchos de los más importantes códigos modernos. En efecto, el código francés y belga, el de Holanda, el de Portugal y el de Méjico, no clasifican los bienes como el nuestro hace en el precitado artículo. En cambio, tal clasificación la trae el código austriaco, de donde no es aventurado suponer que la tomase el Código español, pues los términos empleados por éste son casi los mismos que aquél emplea, como puede verse á continuación. Así el art. 301 del código austriaco dice: «Son fungibles las cosas de las cuales no se puede hacer el uso ordinario sin destruirlas ó consumirlas. Todas las demás se llaman no fungibles».

Viniendo ya á la segunda cuestión antes enunciada, creemos que el concepto que de los bienes como fungibles y no fungibles da nuestro Código, con el austriaco, puede ser objeto de muy seria discusión y crítica. El Sr. Giner, por ejemplo (1), siguiendo la tradición romana, en la que también se inspiran el código italiano, el portugués y otros, atienden á otro carácter más propio de las cosas para determinar el concepto de las fungibles y de las no fungibles, «según que puedan ser (dice Giner) ó no ser exactamente representadas por otras individualidades del mismo género y cualidad». Así, una cantidad de moneda corriente puede sustituirse por otra, por representar ésta en muchos casos la primera. Pero una moneda antigua, un caballo, pueden tener tales condiciones en su individualidad, que la consideración que alcanzan en el comercio ó en la estima de su dueño las haga perfectamente insustituíbles. Ahora bien: si se examinan con cuidado las cosas en estos dos casos, las características diferenciales no radican en las que el Código pone como propias respectivamente de las cosas fungibles y de las no fungibles.

Pero es que el Código español define como fungibles y como no fungibles las cosas en su cualidad de *consumibles* y *no consumibles* por su naturaleza, olvidando la importancia que en las relaciones

---

(1) Obra citada, pág. 208.

jurídicas puede tener la intención y voluntad humana al estimar las mismas. No se puede menos de reconocer que en la mayor parte de los casos, en los contratos, las cosas consumibles se toman como fungibles y viceversa. Pero tampoco debe desconocerse que en virtud de la voluntad expresa ó tácita de las partes, algunas veces una cosa consumible se conceptúa como no fungible (según la definición indicada), y una cosa no consumible como fungible. El que una cosa se consuma ó no, depende, como ya indicamos, de la naturaleza misma de la cosa independientemente de la intención de la parte; esta intención no puede convertir una cosa consumible en no consumible, ni viceversa. Por el contrario, el que las cosas sean ó no fungibles, se funda principalmente en la voluntad de las partes; es la voluntad de las partes la que, haciendo una cosa fungible ó no, autoriza al deudor á restituir otro tanto de la misma especie y cualidad, ó bien le obliga á restituir la misma cosa recibida. Por eso, de hacer la clasificación que el Código hace en el art. 337, debió atenderse primero á la cualidad nativa absoluta de las cosas que las hace *consumibles* y *no consumibles,* y segundo á la cualidad accidental y relativa, de circunstancias, que las convierte en fungibles y no fungibles.

Tiene no pequeña trascendencia jurídica esta distinción. Sin ella, y con arreglo al Código, no es fácil interpretar rectamente la distinta naturaleza de las cosas en el usufructo, al tenor del artículo 480 (habla de cosas consumibles, y sin embargo, no fungibles) y el 481 (que habla ya de cosas consumibles y fungibles), y sobre todo, en el contrato de préstamo en las dos formas de comodato y simple préstamo, en las que la característica diferencial no está tanto en la indicación del Código, respecto á que la cosa se consuma ó no por el uso, cuanto en que no sea susceptible de ser representada por otra igual en número, especie y cualidad, en lo cual puede intervenir, además de la naturaleza misma de la cosa, la voluntad é intención del hombre en virtud del *valor* de aprecio y estima (relación psicológica) que un objeto determinado llega á tener.

Por otra parte, como advierte un tratadista italiano al consu-

rar la redacción del art. 301 del código austriaco (1), en el concepto que de las cosas fungibles y no fungibles sustentamos, debe observarse que la misma obra ó actividad del hombre puede tener el doble carácter de fungible ó no, cuando se considere como objeto de un derecho de obligaciones, según que, teniendo en cuenta el aprecio dado á la obra, es capaz ó no de ser sustituída por la obra de otro hombre. Así, la obra de un artista de gran renombre no puede *representarse* por la de otro cualquiera, y sin embargo, debe poder ser sustituída la obra de un jornalero por la de otro jornalero. Esta distinción, además, tiene una importancia práctica cuando se impugna la validez de un contrato por error en la persona.

En suma, creemos que quizá pudo el Código civil prescindir del contenido del art. 337, y que, de no prescindir de esta clasificación, se debió acentuar la distinción que científicamente existe entre la división de las cosas en fungibles y no fungibles de una parte, y consumibles y no consumibles de la otra, teniendo luego tal distinción presente para la calificación del objeto en las diversas relaciones jurídicas.

CAPÍTULO III

De los bienes según las personas á quien pertenecen.

Ideas generales.

I

En el presente capítulo, aunque sin un desenvolvimiento completo ni orgánico, se comprenden bajo el epígrafe copiado las diversas clases de bienes, según las formas que la relación de propiedad tiene por razón del *sujeto*. En efecto, éste, aun cuando ha de reunir siempre las condiciones generales de capacidad jurídica, puede tener una naturaleza específica particular, que circunstan-

(1) Lomonaco, obra citada, pág. 19.

cialmente se refleje en la manera de ser de las relaciones de propiedad en cuanto el nacimiento, transmisión, desarrollo, mantenimiento y extensión de las mismas.

Como la variedad de sujetos de la relación jurídica de propiedad es grande, en virtud de la diversidad de formas y modos de constitución de la personalidad humana, de ahí que las cosas pueden clasificarse en tal concepto de muy distinta manera. Según ya dejamos indicado, el Código no procura hacer la clasificación expresamente con arreglo á un criterio racional, orgánico y comprensivo de todas las modificaciones que los bienes sufren en razón de la persona ó personas á quien pertenecen; el criterio del Código es circunstancial, y lo es por varios motivos, á saber: por la fuente en que se inspira, ó sea el derecho romano y las Partidas (el Código ordena y simplifica la clasificación detallada del derecho romano y del derecho patrio), y por la preeminencia que en la actualidad alcanzan las dos formas opuestas del goce (*dominio* público y *propiedad* privada), que son, después de todo, las que se revelan y ofrecen con un interés más grande desde el punto de vista del derecho civil (privado).

Pero, aun cuando el Código no proceda orgánicamente, necesario es que nos demos cabal cuenta del *sentido* general á que este capítulo responde, determinando el principio fundamental en que descansa la variedad de los bienes según el sujeto de la relación jurídica.

La cuestión primera que con el carácter de previa se nos ofrece, y que es de suma importancia, es la que va implícita en la definición de la capacidad de la cosa para entrar como objeto *(mediato)* en las relaciones á que se refiere el presente capítulo del Código. En este capítulo se dice (art. 338) que los *bienes* son de dominio público ó de propiedad privada. Ahora bien: todas las *cosas* en el concepto de *bienes* pueden y deben ser necesariamente de *dominio* público ó de *propiedad* privada. ¿No es admisible una primera distinción, que algunos recuerdan, de las cosas en cosas que son capaces de ser adquiridas por los hombres y cosas que no pueden ser adquiridas por los mismos y las cuales se comprenden en

el concepto general de *comunes?* (así se habla del *aire*, del *agua*, del *mar*).

El derecho romano, entre las diversas clases de cosas, cita las comunes. Lo mismo hacen las *Partidas*. El Código civil español, según indicamos, prescinde de ellas, y en cuanto se quiera indicar que las cosas comunes no son susceptibles de apropiación y valen tanto como inapropiables, hace perfectamente el Código. Las cosas comunes, en el concepto absoluto de *inapropiables*, no existen aun cuando no sean algunas susceptibles de apropiación ilimitada, exclusiva y particular, sobre todo, fuera de determinadas circunstancias. El principio fundamental de que es necesario partir aquí, es el siguiente: toda la naturaleza, al caer bajo la acción de la actividad humana, es ó puede ser, según las circunstancias, objeto de goce (de propiedad más ó menos amplia), en cuanto entraña utilidad actual ó posible, debiendo estar aquella actividad sometida en la ordenación jurídica á las condiciones especiales del sujeto de las relaciones.

Dado esto, aun cuando el Código haya hecho bien al prescindir de las cosas en su concepto de inapropiables, se comprenderá que resulta un tanto estrecho y limitado su horizonte. Olvida, en verdad, este capítulo 3.° términos y cuestiones muy importantes. Recuérdese que el criterio fundamental estriba en distinguir, obedeciendo en parte al concepto relativo y mudable de las cosas, *en* y *fuera* del comercio, los bienes en el dominio público y en la propiedad individual y colectiva. El Código prescinde de las cosas *comunes*, apropiables según vimos, que tienen como sujeto á la humanidad misma, infiriéndose de esto que para el Código la relación de *utilidad* jurídica más amplia é ilimitada, desde el punto de vista personal en que la naturaleza puede encontrarse, es la del dominio público. Además, el Código no alude á las cosas *nullius*, que aun cuando como tales no pertenezcan á nadie, conviene citarlas por esto mismo, para fijar una situación jurídica fundamental de las cosas frente á las personas, ni da la importancia que en sí tiene á la manera de ser *colectiva* de la propiedad, para lo que debería distinguir entre la copropiedad y la propiedad colectiva, determinando

luego las diferentes formas de ésta (propiedad de asociaciones, de fundaciones, de corporaciones, etc.). Era quizá este capítulo el lugar más oportuno para recoger en el Código civil, concretándolas, las aspiraciones modernas respecto á la forma de goce y también para afirmar la existencia positiva, con la sanción del Código, de instituciones especiales de propiedad común, de combinaciones tradicionales para el aprovechamiento de las utilidades que la naturaleza entraña.

Se resiente sin duda nuestro Código civil en este como en otros puntos de la indecisión del derecho moderno, en plena crisis, indecisión que se revela en la diversidad de criterio que reina en los diferentes códigos vigentes en los Estados contemporáneos. En efecto, distan mucho éstos de andar conformes y acordes: 1.°, en la *enumeración* de las diversas clases de bienes, según el sujeto de la relación jurídica; y 2.°, respecto del significado de los diferentes términos empleados para designar cada una de aquéllas. Así el código Napoleón limítase á definir, por exclusión de la propiedad privada, el dominio público, regulando luego aquélla sin entrar en otras distinciones. El código italiano, en su art. 425, dice que «los bienes pertenecen al Estado ó á las provincias ó municipios, ó á los establecimientos públicos ú otras personas morales ó á los particulares»: es más comprensivo que nuestro Código. El código portugués (art. 379) divide las cosas en *comunes, públicas* y *particulares.* El austriaco, considera los bienes como públicos y privados, y estos últimos pertenecientes, ya á individuos, ya á personas que pueden ser sociedades restringidas, ó comunidades enteras. El de Zurich (artículos 485 y 487) admite la división de los bienes en bienes comunes, públicos y privados. Según la legislación rusa, hay bienes sin dueño y bienes del Estado, bienes de la corona, bienes de establecimientos públicos, corporaciones, comunes, etc., bienes de particulares, ya sean de individuos, ya de personas colectivas.

En cuanto al significado respectivo de los términos empleados, andan también los códigos muy disconformes. Los bienes que nuestro Código considera como de dominio público, algunos, como el austriaco (art. 487), los denomina *comunes ó públicos.* El código

portugués (art. 381) considera como cosas comunes los baldíos municipales ó parroquiales, y las corrientes de aguas no navegables ni flotables, lagos y lagunas situados en territorio municipal, etc.

II

Mas prescindiendo de estas indicaciones, conviene, antes de entrar en el articulado, fijarse en la redacción del epígrafe general del capítulo y en la colocación de éste, con respecto, sobre todo, al título siguiente, que trata de la *propiedad*. Dice el epígrafe: *De los bienes, según las personas á que* PERTENECEN. Ahora bien; independientemente de las modificaciones jurídicas de los bienes en razón del sujeto con quien se relacionan, ¿se trata acaso en el capítulo de una posición de aquéllos en la idea de *pertenencia* ó de *pertenecer* distinta de la que ocupan en la idea de *propiedad?* Porque si se tratase de la misma relación, parecía que esta distinción de los bienes en que se ocupa el cap. 3.° del presente libro debiera ser colocada á seguida de la *propiedad*, como comprendiendo una porción de formas distintas de ésta, y no antes, y en títulos distintos del de la propiedad. Indudablemente, en un tratado filosófico en el cual la idea de propiedad tuviera otra amplitud y hasta cierta indeterminación, no estaría mal hecho eso; pero dados los supuestos de nuestro Código, á saber: el concepto romano de la propiedad y la referencia al Estado, como sujeto de la relación con los bienes, en la indicación de la persona á que pertenecen, el proceder del mismo, que es el del código francés, el del italiano y otros, es lógico.

En efecto, la noción de pertenecer es mucho más amplia que la de propiedad en el sentido estricto jurídico positivo que del derecho romano se deriva. Refiriéndose á análoga cuestión con respecto al código italiano, el Sr. Ricci dice lo siguiente: «al hablar nuestro código de los bienes con relación á la persona á quien pertenecen, no se refiere á la propiedad de los mismos..., por cuanto la palabra *pertenecer* tiene un significado mucho más amplio que el atribuído á la propiedad. Pueden, en verdad, los bienes ser poseídos en propiedad, y constituye esto un modo según el cual pueda pertenecer

á alguno; pero tal modo no es el único, ciertamente, de *pertenecer* aquéllos» (1). Antes bien, sin entrañar las consecuencias de la propiedad, como derecho de usar y de gozar plenamente de las cosas, éstas entran bajo la acción de las personas individuales y colectivas: así, por ejemplo, el dominio público no es una propiedad, sino una *función* del Estado. Por otra parte, según advierte Ihering, «una cosa puede *pertenecerme (gehören)* sin estar en mi propiedad, es decir, sin estar sometida á los principios enunciados para ésta, en lo que concierne á la adquisición, la pérdida de la misma, la protección, la copropiedad, etc. Mis cabellos *me pertenecen,* y los mechones de cabellos cortados son objeto de comercio y de propiedad; pero mientras están adheridos á mi cabeza no se les puede aplicar la noción de posesión, ni la de propiedad (L. 13, *pro ad Lege Aquiliæ* (9. 2), *Dominus membrorum suorum nemo videtur*). Las *res sacræ* pertenecen á las comunidades religiosas...., las *res religiosæ* á personas privadas. Sin embargo, los romanos no las comprendían bajo la noción de propiedad...» (2). Lo mismo, repetimos, puede decirse de las cosas de dominio público. Pero acerca de esto hablaremos luego.

Al presente basta hacer notar cómo el Código civil, conforme con la idea de propiedad romana y con el sentir de otros códigos, establece una distinción entre las nociones de pertenecer y de propiedad.

* * *

Al pasar á comentar los artículos de este capítulo, será conveniente establecer entre ellos ciertas relaciones de analogía que vengan á ordenar el asunto. Según el texto del Código, en virtud de la noción de pertenecer, los bienes son: 1.°, de *dominio público* del Estado, de la provincia y del municipio (artículos 332, 339, 343 y 344): 2.°, *patrimoniales* del Estado, de la provincia y del

(1) Obra citada, v. 2.°, pág. 71.
(2) *Teoría de la posesión*, pág. 155.

municipio (artículos 340, 343 y 344): 3.°, de propiedad particular (345): *a*, individual; *b*, colectiva: 4.°, bienes de dominio público que pasan á ser patrimoniales; y 5.°, de la Corona (art. 342).

Veamos ya especialmente los artículos.

ARTICULO 338

Los bienes son de dominio público ó de propiedad privada.

Para comprender bien é interpretar rectamente el significado de este artículo, hace falta en primer término explicar el sentido de dos de las palabras que se oponen en el texto, á saber: *dominio* y *propiedad*. Pero no es esta tarea fácil, ni acaso dé el resultado apetecido, porque realmente, ni en la acepción filosófica ni en la legal ó positiva están, como opuestos, tan claros como fuera de desear los conceptos á que nos referimos. En efecto, el *dominio* precisamente se emplea, por la generalidad de los tratadistas de política y por los civilistas, como para indicar lo contrario del *imperio* territorial y lo mismo que facultad del Estado para gozar y disponer de sus cosas. Es decir, se habla del dominio del Estado, valiendo tanto como *propiedad* á veces. Por otra parte, es sabido que la propiedad plena implica como facultad superior el derecho de dominio. Las cosas que están bajo mi dominio son de mi propiedad. En un sentido análogo se explicaban las *Partidas* llamando al dominio señorío, y Gregorio López dice que «propiedad y dominio son la misma cosa», y si alguna diferencia señala no nos sirve para interpretar lo que al emplear ambos términos quiere decir nuestro Código.

¿Aclarará la cuestión el empleo en oposición también de las palabras *público* y *privada*? Tampoco; al menos sin explicación. Lo público tiene una acepción muy caprichosa y vaga, y muy impropia sobre todo, si se emplea exclusivamente con respecto al Estado. Lo del Estado, como tal, es *político;* público es todo lo que entra en las corrientes generales de la sociedad. No es público sólo el hombre de Estado; un literato vive del público, hay opinión pú-

blica sobre todos los intereses colectivos; son servicios públicos todos los que se prestan á la sociedad y á sus miembros como tales miembros. Ni aun cuando tomáramos las palabras en el sentido en que las empleaban los romanos al hablar de un derecho *público* y de un derecho *privado,* no tendríamos la cuestión resuelta.

En rigor, es preciso prescindir un poco de las frases mismas, especialmente de la de *dominio público,* y pasar de su contexto literal á ver lo que con ella *quiere decir* el Código. Para ello hace falta fijarse: 1.°, en el hecho mismo de la oposición de los términos *dominio público* y *propiedad privada;* 2.°, en los bienes que el artículo 339 enumera como de dominio público; 3.°, en la distinción que establece el Código en el art. 340 entre los bienes de *dominio público* y los *patrimoniales del Estado,* y 4.°, en lo que dice expresamente el art. 341 de los bienes que, «cuando dejan de estar destinados *al uso general ó las necesidades de la defensa del territorio*, pasan á formar parte de los bienes de *propiedad* del Estado.»

Ahora bien: teniendo esto en cuenta, se ve que el Código en el presente artículo opone la propiedad privada (de que habla, y la cual aparece regulada en el título siguiente) á una de las dos clases de bienes que puede tener el Estado, esto es, á los bienes que no constituyen la propiedad (¿privada?) de éste.

Pero ¿qué clase de relación jurídica mantiene el Estado con estos bienes de dominio público? Por de pronto, se ve que no es una relación de propiedad, sino de *pertenencia*, que trae como consecuencia ciertas prerrogativas jurídicas en favor del Estado como soberano territorial. La propiedad de estos bienes, con los caracteres especiales de una propiedad colectiva y de un uso y disfrute general, en virtud de la aplicación de aquéllos á la satisfacción de necesidades colectivas, corresponde, mientras están en tal posición, á la sociedad nacional (ó provincial ó municipal, según los casos). «Su destino, dice Ihering (1), no es servir al Estado como persona jurídica, sino á los ciudadanos» (2). Están adscritos á un servicio

---

(1) Obra citada, pág. 155.

(2) Obra citada, t. 6.°, pág. 8.

común y público, que les impide, advierte Laurent, «ser objeto de verdadera apropiación por el Estado ó por los particulares».

La función que en definitiva ejerce el Estado respecto de estos bienes á consecuencia de la relación jurídica especial que implican, nace de ser el Estado el representante *jurídico* de la sociedad. Es una verdadera función de *policía* social y administrativa, ya de seguridad, ya de servicio general. El Estado *tiene* bajo su acción soberana todos esos bienes; para que respondan á un fin de interés general, los cuida, los conserva y regula cuando es preciso el uso de los mismos. Son, en suma, tales bienes un patrimonio nacional, provincial ó municipal, que está bajo la salvaguardia del Estado respectivo.

No debemos entrar aquí en otras disquisiciones para definir ahora la propiedad privada. Vendrá esto luego; sólo sí conviene advertir que al oponer en este artículo el Código civil la propiedad privada al dominio público, fija el distinto carácter de ambas relaciones, comprendiendo en aquélla las diversas formas de la propiedad, con sus modificaciones, según el uso que de los bienes pueden hacer los hombres.

Si comparásemos el texto de nuestro artículo con el correspondiente de los códigos extranjeros, tendríamos que reproducir mucho de lo ya dicho. Bastará indicar que concuerda con el 538 del código francés, el 425 del italiano, el 509 del de Guatemala, el 795 del de Méjico, etc., etc.

ARTICULO 339

Son bienes de dominio público:

1.º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construídos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

2.º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados á algún servicio público ó al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del

territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión.

Al examinar este artículo, se presenta en primer término una cuestión que es preciso examinar.

¿Se trata en esos dos números del art. 339, de dos maneras diferentes del dominio público? Al tenor literal del Código, eso parece. Unos bienes, los del núm. 1.°, son de dominio público porque están destinados al uso público, y otros, los del núm. 2.°, porque están destinados al servicio público ó al fomento de la riqueza nacional. Por otra parte, al tenor literal del artículo, puede creerse que hay entre estos últimos y el Estado una relación de *dominio público* más estrecha y más análoga á la patrimonial, que respecto de los primeros. Ahora bien: si, según el Código, no hay más clases de bienes en el Estado que los de dominio público y los patrimoniales, toda vez que los del núm. 2.° no son *propiedad de la nación* y uso común de todos los ciudadanos, ¿no estaría más lógico el Código, como hace el italiano (en sus artículos 436 y 437), limitándose á definir los del núm. 1.° y dejar los demás, que tienen una relación más *privativa* con el Estado, como patrimoniales?

Más sencillo, en verdad, parecía decir: son bienes de dominio público (del Estado, pues hay dominio público provincial y municipal) aquellos que sirven ó están destinados al uso común de los ciudadanos, y patrimoniales, los que pertenecen al Estado como á un particular.

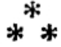
Pero si esto era más sencillo, también sería menos exacto.

Lo que acaso hay, es que al hacer esa pequeña innovación el Código (1), separando en dos números los bienes de dominio público, no innovó bien ó del todo. Quedóse á mitad de camino. En rigor, concibiendo al Estado como debe concebirse, cabe entre él y los bienes que el Código enumera *tres* relaciones diferentes, en vez de

(1) Innovación debida á ciertas fundadas observaciones hechas en la discusión parlamentaria.

dos, á pesar de lo que por otra parte opinan algunos comentaristas. La relación jurídica de *dominio público*, según el concepto más racional de éste, comprende los bienes que son de la nación, de la comunidad social; respecto de ellos el Estado no tiene más que la función representativa ya indicada. El Código italiano dice que no son enajenables. En nuestro Código son los que se enumeran en el núm. 1.° del presente artículo. Pero hay otra relación jurídica en la que se encuentran bienes (núm. 2.° del art. 339), que no son, en rigor, de dominio público, al menos en el concepto y forma que los anteriores; son del dominio del Estado, como representante social que realiza el derecho, y para poder prestar aquellos servicios públicos que le están encomendados, así como para que contribuya al fomento de la riqueza nacional que está bajo su custodia. No son estos bienes patrimoniales, porque están como adscritos á un servicio necesario, ó bien los tiene el Estado en espera de un empleo oportuno (las minas mientras no se otorgue su concesión), ni constituyen una fuente especial de riqueza, fuente de ingresos ó medio en disponibilidad para atender la satisfacción de sus necesidades.

En suma: lo que quizá se debió haber hecho, era fijarse más en la diferente condición de los bienes, según que sean propiedad de la nación y de uso común, ó bien medios al servicio público que á la comunidad presta el Estado, ó bien, por fin, en manos del Estado, al modo que los tiene un particular para lanzarlos en el comercio, en la circulación social, como cosas propias...



Pasemos ya á analizar el contexto de los dos números del artículo.

Número primero.—Hállase este número íntimamente relacionado: primero, con lo que el mismo Código dispone en el presente libro, tít. 4.°, capítulo primero, de la propiedad especial de las *aguas*, y segundo, con varias de aquellas leyes que vienen á regular el uso público de los diferentes bienes que enumera, á saber: ley de

Obras públicas de 13 de Abril de 1877, de Carreteras de 4 de Mayo de 1877, de Aguas de 13 de Junio de 1879, y de Puertos de 7 de Mayo de 1880. Las concordancias detalladas se fijarán al tratar de cada uno de los bienes.

La enumeración que á guisa de ejemplo hace el Código en los dos números del presente artículo, deja por definitivamente determinado el propósito de no aludir en él á las cosas llamadas *comunes*: pero, sobre esto, ya dejamos hechas suficientes indicaciones. Al tratar de los puertos, así como en el capítulo especial de las *Aguas*, se aludirá á lo legislado sobre el dominio del mar, cosa *común* de más importancia jurídica, sobre todo, desde el punto de vista internacional.

Viniendo ya al núm. 1.° del art. 339, nos encontramos: primero, con una definición general de estos bienes: son, declara, *los destinados al uso público*, es decir, que entran en este concepto todos aquellos que estando dentro de la esfera de acción de la comunidad social y del Estado como soberano; no son propiedad *particular ó exclusiva* de ningún ciudadano, sino de uso común para todos, si bien, á veces, dentro de ciertas condiciones ordenadas por el Estado mismo en virtud de su función jurídica. Además, el Código enumera ó cita algunos de estos bienes de dominio público, por vía de ejemplo, y teniendo en cuenta, ya su importancia, ya que su uso común puede estar rodeado de circunstancias especiales.

Pueden verse los antecedentes legales de esta disposición, así como la explicación de la naturaleza pública de muchos de ellos en el *Fuero Juzgo*, libro 8.°, tít. 4.°, ley 29; *Fuero Real*, libro 4.°, título 6.°, ley 6.ª, y, por fin, en la Partida 3.ª, tít. 28, ley 6.ª (1).

---

(1) He aquí cómo hablan nuestras antiguas leyes. *El Fuero Juzgo* dice: Los grandes rios, porque vienen los salmones ó otro pescado del mar, ó porque echan los hombres las redes ó porque vienen las barcas con algunas mercaderias, ningun hombre debe cerrar el rio por tollar la proa á todos los otros e facerla suya, mas puede hacer esto hasta medio del rio alli donde es el agua mas fuerte, y que la otra mitad finque libre para el pro de los hombres.

Las Partidas dicen: Los rios, los puertos y los caminos públicos pertene

La primera categoría de bienes de dominio público que el Código enumera, es la de aquellos que están más inmediatamente adscritos al servicio público en la facilitación de las relaciones sociales: los caminos, canales, ríos, *torrentes*, puertos y puentes. Acaso aquí pudo el Código proceder de otra manera que significaría cierto orden y un punto de vista reflexivo de clasificación. En efecto: entre los bienes de dominio público que cita el Código en el primer número del presente artículo, los hay que implican el empleo de la actividad y trabajo humanos para tenerlos y aprovecharlos, y los hay que sólo lo implican para aprovecharlos, bien de un modo expreso, bien de un modo espontáneo y natural. Así, en tal respecto, podían agruparse: 1.°, los caminos, canales, puertos (construídos) y puentes; 2.°, ríos, torrentes, riberas, playas, puertos naturales, radas y otras análogas.

Esta distinción hubiera servido para varias cosas. En primer término, para definir bien el dominio público de que se trata; bastaba añadir á los citados en el primer grupo, *construídos* por el Estado, y así no se ofrecería ni asomo de duda respecto de la condición de los mismos. Además, para explicar la forma especial del aprovechamiento público de esos bienes, que exigen para ser disfrutados que antes sean construídos, ó por lo menos puestos en ciertas condiciones adecuadas.

Según la indicación del número 1.° del presente artículo, los primeros bienes de dominio público que cita son los *caminos*. El Código peca aquí sin duda por lacónico. ¿De qué caminos se trata? En la acepción gramatical de la palabra, entran lógicamente desde la simple senda que se forma por la huella de los pies hasta los ferrocarriles. Ahora bien: ¿á qué caminos alude el Código cuando los comprende en el concepto de bienes de dominio público del Estado? Por de pronto excluye, al tenor del art. 344, los caminos provinciales y los vecinales (de uso público de la provincia y de los pue-

---

cen á todos los hombres comunalmente, de tal manera, que pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña, como los que moran y viven en aquella tierra donde son...

blos), y excluye, naturalmente, todos aquellos que están al servicio de los particulares, como servidumbres privadas.

Pero aun queda una cuestión importante: ¿cuáles son los caminos del Estado, teniendo en cuenta que se trata de vías de comunicación terrestre, de uso común, general, público, nacional, en suma? El código italiano está algo más explícito que el español, pues dice en el art. 427, vías ó caminos nacionales; lo está más aún el francés, cuando en el art. 538 habla de los caminos que corren á cargo del Estado. Sin duda, á pesar del laconismo del Código, debe entender por caminos en este caso los que tienen un carácter nacional, á tenor de lo dispuesto en las leyes generales, que regulan su construcción y el servicio que prestan.

Ahora bien: las leyes á que en este caso se debe acudir son las siguientes: Ley de Obras públicas de 13 de Abril de 1877 y ley de Carreteras de 4 de Mayo de 1877. Según aquélla, en su art. 4.°, son de cargo del Estado las carreteras que estén incluídas en el plan general de las que han de ser costeadas con fondos generales; «6.°, la construcción, conservación y explotación de aquellos ferrocarriles de gran interés nacional que por altas consideraciones administrativas no deban entregarse á particulares ó compañías; y 7.°, los demás caminos de hierro de interés general, en cuanto concierne á las concesiones, examen y aprobación de los proyectos, y vigilancia para que se construyan y exploten del modo más seguro y conveniente.»

Según se ve, en el concepto general de caminos *del Estado* entran: 1.°, las carreteras; 2.°, los ferrocarriles. ¿Pero pueden considerarse todos como de dominio público, ó bien como *destinados al uso* público?

Las carreteras no ofrecen duda alguna. Las carreteras, costeadas por el Estado, pueden ser construídas por los particulares mediante contrata, ó por administración; pero una vez construídas, son de dominio público, esto es, implican una propiedad nacional y un uso público. El Estado presta el servicio: 1.°, de procurar los medios para construirla, y así corre á su cargo el estudio y la construcción, y 2.°, de conservarla, para lo cual tiene su poli-

cia administrativa especial. Fuera de esto, la índole del servicio á que las carreteras atienden, las convierte en un *bien* de carácter esencialmente general, que cae bajo el dominio público del Estado (1).

La cuestión, en todo caso, pudiera plantearse con respecto á los ferrocarriles; ¿alude á ellos el Código? Atendiendo al texto literal del mismo, que dice *caminos,* sin añadir nada más, puede afirmarse que no, pues parece que, de querer referirse á ellos, hubiera dicho caminos de hierro, en tales ó cuales condiciones.

Pero á pesar de este silencio del Código, ¿podrán considerarse los ferrocarriles como de dominio público? Idéntica cuestión se proponen Laurent (2), hablando del código francés, y Ricci (3), del código italiano. El primero, después de largas y complejas disquisiciones que le llevan á considerar al concesionario del ferro-

---

(1) La ley de Carreteras, en su art. 3.°, clasifica las carreteras del Estado en carreteras de primero, de segundo y de tercer orden, de esta manera:

«Art. 4.° Son de primer orden: 1.° Las que desde Madrid se dirigen á las capitales de provincias y á los puntos más importantes del litoral y de las fronteras. 2.° Las que, partiendo de algún ferrocarril ó carretera de primer orden, conduzcan á alguno de los puntos designados en el párrafo anterior. 3.° Las que enlacen dos ó más ferrocarriles pasando por un pueblo cuyo vecindario no baje de 15.000 almas. 4.° Las que unan dos ó más carreteras de primer orden, pasando por alguna capital de provincia ó centro de gran población ó tráfico, siempre que su vecindario exceda de 20.000 almas.

»Art. 5.° Son de segundo orden: 1.° Las que pongan en comunicación dos capitales de provincia. 2.° Las que enlacen un ferrocarril con una carretera de primer orden. 3.° Las que, partiendo de un ferrocarril ó de una carretera de primer orden, terminen en un pueblo que sea cabeza de partido judicial, ó cuyo vecindario sea mayor de 10.000 almas. 4.° Las que en las Baleares y Canarias pongan en comunicación á la capital con otros puntos marítimos, ó á dos ó más centros de producción ó exportación.

»Art. 6.° Son de tercer orden: 1.° Las que, sin tener ninguno de los caracteres anteriores, interesan á uno ó más pueblos, aun cuando no sean de una misma provincia. 2.° Las comprendidas en el párrafo tercero del art. 5.°, siempre que asi se juzgue conveniente, con arreglo á la presente ley.

(2) Obra citada, pág. 56, t. 6.°

(3) Obra citada, pág. 74, t. 2.°

carril como propietario del mismo, sin que por eso deje el Estado de tener derecho al ferrocarril concedido, afirma, siguiendo una resolución del Tribunal de Casación, «que siendo los caminos de hierro una creación nueva, los derechos de la compañía concesionaria de esas vías de comunicación no podrán ser regidos por los principios del derecho antiguo ó por los del código Napoleón». Ricci, por su parte, dice: «los ferrocarriles, ya construídos por el Estado, ya por compañías concesionarias, tienen con las demás vías los siguientes puntos de contacto, ambos sirven para el transporte de las personas y de las mercancías; pero diferéncianse esencialmente porque en las carreteras ó vías ordinarias los transportes y los viajes se hacen libremente, y en los ferrocarriles, por el contrario, el transporte, ya de pasajeros, ya de mercancías, constituye por sí un poderoso medio industrial». El público, en efecto, no puede transitar con vehículos ni sin ellos por las vías férreas...; el concesionario paga los terrenos que ocupa la vía, y explota mercantilmente el movimiento que en ellas ocurre. Por estas y otras razones, Ricci no cree lógico considerar los ferrocarriles como bienes de dominio público.

¿Cuál es la solución del problema en España? Realmente, los ferrocarriles tienen una naturaleza particular muy compleja, que, según advierte Laurent, impide determinar su condición como bienes, dado el concepto absoluto de la propiedad. Los ferrocarriles construídos en España, bien *con* subvención del Estado (provincia ó municipio), bien *sin* ella, por concesión *legal*, que entraña: 1.°, ciertos *beneficios*, especialmente el de la declaración de utilidad pública, con la consiguiente expropiación forzosa; 2.°, ciertos límites en el goce, ya respecto á tarifas, ya del máximum ordinario del tiempo de la concesión de noventa y nueve años, implican una serie de relaciones jurídicas particulares. En virtud de éstas, los ferrocarriles pueden considerarse, al tenor de lo que dispone el art. 7.° de la ley de 23 de Noviembre de 1877, cuando son «de servicio general», como «de dominio público»; mas desde el momento de su concesión y puestos á explotación, hay que tener en cuenta que se trata de un servicio público prestado ó procurado

por el Estado, regulado por él en todo caso, pero en manos de particulares, debiendo entonces atenerse á lo que dispone el artículo 55 de la citada ley de Obras públicas, y á lo que dice el artículo 23 de la ley de Ferrocarriles, según el cual, «al terminar el plazo de la concesión, adquirirá el Estado la línea concedida con todas sus dependencias, entrando en el goce completo del derecho de explotación». La línea férrea, en efecto, mientras dura el término de la concesión, es propiedad, dentro de las limitaciones que la concesión implica, del concesionario; después pasa á ser *patrimonio* del Estado, y lo es constantemente si se tratase de una línea construída y explotada directamente por aquél. Por otra parte, la línea férrea es siempre un *servicio público*, y en tal concepto, supedita á ese interés y prestación el medio ó medios en que el ferrocarril consista.

Habla el Código inmediatamente de los *canales,* declarándolos de dominio público. En este punto, el Código responde á los principios en que se inspiraba ya la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879. Puede verse también lo que el mismo Código dispone en otro lugar al tratar de las propiedades especiales. El fundamento en que se apoya nuestra legislación para considerar de dominio público los canales, está en la naturaleza especial del objeto del derecho de propiedad y en la índole común del servicio á que el canal se dedica. En efecto, sea el canal para riego de las campiñas con el carácter de necesidad colectiva, sea para el abastecimiento de las poblaciones, sea, en fin, para la navegación, el canal implica una atención común, un servicio colectivo público, que impide la apropiación particular del objeto en sí mismo.

Sin embargo, para comprender bien la naturaleza jurídica de estos bienes de dominio público, no debe olvidarse que puede aplicarse á la misma, y de hecho se aplica, el sistema de las concesiones administrativas, según puede verse en la ley de Aguas ya citada. Pero la concesión administrativa no cambia esencialmente la naturaleza de los objetos en este caso. La concesión administrativa, con las limitaciones que implica, con los beneficios que reporta al concesionario, puede dar el aprovechamiento de las aguas, en cuyo

caso ya no se tratará de canales de servicio público, y puede dar el derecho á construir tales ó cuales obras, para que el *público* se aproveche de mejor manera de las aguas mismas; y en este caso, como el aprovechamiento común del canal en sí no se limita en pro de ningún particular, el dominio del mismo sigue siendo público, si bien dejando á salvo los derechos que el concesionario tenga por virtud de las condiciones de la concesión.

No se insiste más acerca de este punto, que será tratado al comentar la propiedad especial de las aguas.

Siguiendo al Código, nos encontramos inmediatamente con los *ríos* y *torrentes*. Acerca de lo que por ríos debe entenderse, no hace falta grandes esfuerzos; pero sí es necesario detenerse, ante todo, á determinar lo que el Código quiere decir hablando de *torrentes,* como habla el código italiano en su art. 427. Y es esto necesario, porque ni al tratar más adelante del dominio de las aguas, ni en la ley especial de Aguas, se emplea tal palabra. Según advierte Mantilline en su obra *Lo Stato e il codice civile,* «entre los romanos, *torrente* era el río que discurre sólo en invierno, *hieme fluens,* por ser lo perenne lo que convertía en público el río, *quod perenne est*». El citado Ricci advierte que torrente, propiamente dicho (1), es aquella cantidad de agua que en ocasiones de fuertes lluvias ó de rápidos deshielos se recoge en los canales por donde luego discurre. Tal es, por otra parte, la acepción gramatical castellana, según el Diccionario de la Academia.

Ahora bien: declarados los torrentes de dominio público, su uso y aprovechamiento debe regularse, en primer término, por las declaraciones del Código en el art. 407, núm. 2.°, y 409, así como por las disposiciones concordantes de la ley de Aguas, en la forma que se señala al comentar el cap. 1.°, tít. 4.° del presente libro.

Aun cuando en la legislación española está más definida y es más empleada la palabra *ríos* que la de *torrentes*, el problema jurídico del dominio de los primeros entraña más importancia que el de los segundos. Lo que determina el carácter *público* del dominio de los

(1) Obra citada.

ríos, es la naturaleza especial de los mismos y de sus posibles aprovechamientos. Las cuestiones á que esto ha dado lugar, por virtud de las diferentes clases de ríos, así como las diferentes soluciones propuestas ó aceptadas por las legislaciones positivas, se examinarán y expondrán en el tít. 4.°, capítulo 1.°, de las Aguas. Aquí habremos de limitarnos á hacer algunas indicaciones que vengan á complementar la declaración del art. 339.

Según la legislación especial de Aguas, declarada vigente por el mismo Código civil, los ríos *de dominio público*, ya son navegables ó flotables, ya no. Los navegables y flotables entrañan la prestación de un servicio de carácter general, por cuanto los navegables facilitan las relaciones civiles y comerciales, sirviendo para el transporte lo mismo de personas que de mercancías; y los flotables, si no sirven para tanto, pues no permiten el paso natural de buques, sirven para transportar maderas ó balsas, etc. De todas suertes tienen todos ellos el carácter de verdaderas vías de comunicación. Ahora bien: estos ríos navegables ó flotables por esto, y los demás ríos por la condición inapropiable de las aguas en la forma corriente que el río supone, tienen que ser del dominio nacional, público. Y por esta razón, lo que hace nuestra legislación después de declarar la condición indicada de los ríos, es regular su aprovechamiento.

Ahora bien: el aprovechamiento de los ríos se encuentra determinado en la ley de Aguas de esta manera:

En el tít. 4.° de la misma se dispone el modo con que deben hacerse los aprovechamientos *comunes:* 1.°, de las aguas públicas para el servicio doméstico, agrícola y fabril (artículos 126 á 128); 2.°, del aprovechamiento de las aguas públicas para la pesca (artículos 129 á 133); 3.°, del aprovechamiento de las aguas para la navegación y flotación (artículos 134 á 146). A partir de aquí, la ley habla de los aprovechamientos especiales de las aguas públicas para abastecimiento de poblaciones, ferrocarriles, riegos, canales de navegación, molinos, fábricas, etc., estanques para viveros y criaderos de peces (artículos 147 á 225). Por otra parte, para comprender bien la materia, es necesario acudir á las consecuen-

cias de este aprovechamiento de las aguas públicas consultando el tít. 3.° de la misma ley, que trata de las servidumbres en materia de aguas (artículos 69 á 125).

La naturaleza especial de los ríos, en punto á su disfrute general, hace que sea necesario considerar en su relación de dominio algo más que sus aguas corrientes. En efecto, en todo río es preciso distinguir: 1.°, esta agua corriente; 2.°, el álveo ó cauce; y 3.°, las riberas. Ahora bien: ¿son estas dos últimas cosas siempre de dominio público como las aguas?

Realmente no puede imaginarse un río sin álveo y sin ribera, de suerte que al decir el Código civil que los *ríos* son de dominio público, parece que debe ir implícito el dominio público de aquellos tres elementos que integran el río. Por otra parte, en cuanto á los álveos ó cauces, tenemos la declaración del art. 407, núm. 1.°, donde dice: «son de dominio público... los ríos y sus cauces naturales»; declaración que concuerda con lo que dispone el art. 34 de la ley de Aguas, según el cual son de dominio público: 1.°, los álveos ó cauces de los arroyos que no se hallen comprendidos en el art. 33; y 2.°, los álveos ó cauces naturales de los ríos en la extensión que cubran sus aguas en las mayores crecidas ordinarias.»

En cuanto á las riberas, tenemos, en primer lugar, lo que dice el mismo Código en el número y artículo que comentamos. Cítanse expresamente en él como de dominio público las *riberas*. Pero por el lugar en que están colocadas (con las playas y radas), parece como que el Código se refiere á las del mar (de que luego hablaremos). Sin embargo, la ley de Aguas nos dice en los artículos 35 y 36 lo suficiente para comprender el espíritu de nuestra legislación. Según el art. 35, «se entiende por riberas las fajas laterales de los álveos de los ríos, comprendidas entre el nivel de sus bajas aguas y el que éstas alcancen en sus mayores avenidas ordinarias, y por márgenes las zonas laterales que lindan con las riberas.» Ahora bien: basta recordar la definición del álveo ó cauce para comprender si las riberas son de dominio público y en qué forma (uso público). Viene á aclararlo aun más el artículo siguiente, que dice (art. 36): «Las riberas, *aun cuando sean de dominio privado*, en

virtud de antigua ley ó de costumbre, están sujetas en toda su extensión, y las márgenes en una zona de tres metros, á la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento» (1).

La materia esta debe ser completada en otros respectos, al tratar de la *accesión,* en los arts. del Código 366 y siguientes hasta el 374, pues hay una continua relación entre las condiciones del dominio público de cauces y riberas de los ríos, y los modos de adquirir por *aluvión, fuerza del río, cambio de cauce* y *formación de isla.* Entonces será ocasión de resolver ciertas dudas que pueden ofrecerse al determinar los derechos y deberes del particular ante las exigencias ineludibles del servicio público, pues declarándose, por ejemplo, de propiedad privada (adquirida por accesión), los aumentos de las fincas que resulten de la acción de las aguas, parece estar esto en contradicción con la declaración del dominio público de las riberas. Pero, aparte de lo que entonces se diga de las razones de la accesión, puede verse la contradicción resuelta teniendo en cuenta que de lo que se trata en las exigencias del Estado, como consecuencia de su dominio sobre riberas de los ríos y del mar, es de garantir el servicio público de que habla la ley de Aguas.

En la no muy ordenada cita del Código civil figuran después de los ríos y torrentes, los *puertos;* naturalmente, los puertos *construídos* por el Estado (cuando se trata de puertos en que se han ejecutado obras especiales), y los puertos que en general tienen la consideración de *dominio nacional* y *uso público.*

Como relación á los demás bienes de dominio público, hay respecto de los puertos una ley especial en la que se regulan las condiciones de su aprovechamiento común. Esta ley es la de Puertos de 7 de Mayo de 1880. De ella, para el presente caso, impor-

---

(1) Y añade todavía: «Sin embargo, cuando los accidentes del terreno ú otras legítimas causas lo exigiesen, se ensanchará ó estrechará la zona de estas servidumbres, conciliando en lo posible todos los intereses. El reglamento determinará cuándo, en qué casos y en qué formas podrán alterarse las distancias señaladas en este artículo.»

tan los artículos que pueden servir: *primero*, para fijar el concepto legal de los puertos (arts. 13 y 14); *segundo*, para determinar cuáles son los del Estado (arts. 15 y siguientes, relativos á la clasificación de los puertos y á la construcción y conservación de las obras de los mismos).

Son puertos, para la ley: 1.º Los parajes de la costa más ó menos abrigados, bien por la disposición natural del terreno, ó bien por obras construídas al efecto, y en los cuales exista de una manera permanente y en debida forma tráfico marítimo.—2.º Tienen también tal carácter las rías y desembocaduras de los ríos, hasta donde se hacen sensibles las mareas, y en donde no la hay, hasta donde lleguen las aguas del mar en los temporales ordinarios, alterando su régimen. Agua arriba de estos sitios, las riberas ú orillas de los ríos conservan su carácter especial de fluviales.

Los puertos se clasifican en puertos de *interés general*, de primero y de segundo orden—y son de dominio nacional (que es de lo que aquí se trata),—y puertos de *interés local*,—que son los provinciales y municipales.

Se consideran puertos de *interés general* los destinados especialmente á fondeaderos, depósitos mercantiles, carga y descarga de los buques que se emplean en la industria y comercio marítimo, cuando el que se verifique por estos puertos pueda interesar á varias provincias, y se hallen en comunicación directa con los principales centros de producción en España. Son también de interés general los denominados de refugio, por su situación y condiciones especiales de capacidad, seguridad y abrigo en los temporales. Prescindimos, por ahora, de determinar los de interés local.

En cuanto á su construcción, debe tenerse presente que los puertos de interés general serán *costeados* por el Estado, con arreglo á las cantidades que para este servicio se consignen en los presupuestos generales.

No creemos es del lugar exponer lo que la ley especial indica respecto á aquellos puntos que tienen ya un carácter más predominantemente administrativo, y por tanto, sólo hacemos la indicación de que en la ley se habla de la manera de ejecutar las obras

en los puertos (por administración y por contrata), del régimen y policía en los mismos, de los servicios á ellos anexos, y de las obras ejecutadas en los puertos por particulares.

Para el objeto presente debemos completar las indicaciones hechas con lo que dispone el art. 31, según el cual habrá en los puertos una *zona litoral de servicio,* que se determinará por el Ministerio de Fomento en cada caso, para ejecutar las faenas de carga y descarga, depósito y transporte de mercancías, y circulación de las personas y vehículos. La aprobación y proyecto de dicha zona y su distribución para los diferentes servicios, lleva consigo la declaración de utilidad pública, y los terrenos ó edificios que se hallasen comprendidos dentro de la misma quedan sujetos á la expropiación forzosa.

En cuanto á la razón fundamental por virtud de la que los puertos son de dominio público, la sintetizaremos en los brevísimos términos empleados por Laurent (1): «el destino público de los puertos es lo que hace atribuirles al dominio público: la navegación y la defensa en caso de guerra están por igual interesadas en que los puertos se hallen en manos del Estado».

No insistiremos de un modo especial, pues no hace falta, acerca del dominio público de los *puertos*. Tienen este carácter los que son construídos por el Estado, y lo tienen por la misma razón que los caminos de dominio nacional y uso público. Puede completarse la materia de puertos: 1.º, con el art. 344 del Código; 2.º, con el art. 210 de la ley de Aguas.

*
* *

Y pasamos á una cuestión más compleja y por extremo interesante: es, á saber, á la determinación del dominio público y de sus condiciones, de las *riberas* (del mar, pues de las de los ríos hemos hablado ya), *playas*, *radas*, etc., que tan íntimamente se halla ligada con la cuestión del dominio de los mares.

---

(1) Obra citada, t. 6.º, pág. 15.

El Código civil español, según hemos dicho varias veces, no habla del mar, no dice nada respecto de á quién pertenece; los jurisconsultos romanos colocaban el mar, como el aire, entre las cosas comunes á todos, *res communes omnium*. El mar, en efecto, tiene la condición de aquellas cosas que, según las leyes naturales, no pueden ser objeto de un dominio exclusivo. Sin embargo, la importancia del mar, como espacio libre, como vía de comunicación, la índole característica de sus aprovechamientos especiales, ha dado lugar á que se disputase y discutiese su dominio. «El Emperador de Alemania, dice á este propósito el tratadista Lomonaco, á favor del cual los jurisconsultos habían interpretado extrañamente cierto fragmento del derecho romano (fragm. 3, D. *de lege Rhodiæ,* XIV, 2), pretendió el dominio de todos los mares: *ego quidem mundi dominus,* y en el mundo se comprendía la *tierra* y el *mar...*» (1). Pero bien conocido es el valor teórico y caprichoso de esta afirmación imperial. La ciencia, reflejo en esto de los grandes intereses humanos y expresión de la misma naturaleza de las cosas, por boca principalmente de los jurisconsultos españoles, primero (2), cual puede verse en los tres libros de *Controversias* de Vázquez Menchaca, publicado casi medio siglo antes que el célebre *Mare liberum* de Grocio, y luego los jurisconsultos franceses, y sobre todo el inmortal Grocio en la obra citada, afirman el carácter libre de los mares, su naturaleza, contraria á la apropiación y al dominio egoísta de los Estados. «*Est autem tanta maris magnitudo ut ad quemvis usum omnibus populis sufficiat, at aquam hansiendam, ad piscatum, ad navigationem*», dice Grocio. Y en verdad, ¿cómo atreverse á determinar el dominio de los mares, sin contrariar desde luego los naturales y espontáneos movimientos de la humanidad?

Por eso, sin duda, esta es una cuestión que ya no es cuestión en la ciencia del derecho. Los autores todos de derecho internacional, el derecho internacional mismo en la práctica, reconocen que

(1) Obra citada, pág. 135.

(2) Véase sobre este punto la argumentación concluyente del Sr. Frida. *Discurso de apertura en la Universidad de Sevilla* del curso de 1892-93.

el mar es incapaz de apropiación y de dominio exclusivo. El mar es de la humanidad. Sólo por razones muy atendibles de orden público universal, y como consecuencia de la constitución política de las naciones, para asegurar su integridad y para hacer posible el orden interior en la misma, se estableció la zona del llamado *mar territorial* ó *litoral* (1). Los Estados marítimos tienen un derecho de imperio ó soberanía (con las consecuencias del derecho de dominio), sobre los mares próximos á las costas, hasta donde llegue el tiro del cañón, decían unos *(tormentum bellicum)*, ó bien según la fórmula de *terræ potestas finitur, ubi finitur armorum vis.*

En suma, según advierte el tratadista de derecho internacional Wheaton (2), el imperio y soberanía de las naciones se extiende: 1.°, á los puertos, radas, bahías, embocaduras de los ríos, y á las partes de los mares contenidas en el territorio del Estado; 2.°, á una distancia de una legua marítima de la costa, ó bien tan lejos como alcance el tiro del cañón, y 3.°, á los estrechos que pongan en comunicación dos mares, y que sean tan anchos como el alcance del tiro de cañón.

Ahora bien: teniendo en cuenta el carácter del dominio humano de los mares, y que no entran en el comercio *civil*, el Código, según hemos dicho, prescinde de ellos; pero determina el carácter del dominio de aquellos bienes, como los puertos, riberas, playas, radas, etc., que nos proporciona el mar. Sin embargo, aunque se admita que el Código obra bien al no hacer alusión al dominio del mar, por ser éste *común, universal, humano,* creemos que no está completa la enumeración, por cuanto deja sin mentar, entre los bienes del dominio público, uno que es de suma importancia. Verdad es que la enumeración que hace en el art. 339 el Código, no pretende ser exacta y completa: el Código cita, á guisa de ejemplo, los bienes de que habla, pero quizá no debió pasarse en silencio el bien á que nos referimos, á saber, el mar litoral.

---

(1) V. Bynkershöck, *De dominio maris*, lib. 2.°

(2) *Historia de los progresos del derecho de gentes.* Parte 2.ª, cap. 4.ª, párrafo 10. *Controversia acerca del dominio de los mares.*

En este punto hay que completar el Código con la ley de Puertos de 1880. Según esta ley, en su art. 1.°, núm. 2.°, es de dominio nacional y uso público el mar litoral, ó bien la zona marítima que cerca las costas ó fronteras de los dominios de España en toda la anchura determinada por el derecho internacional. El resto del artículo es, después de todo, un antecedente directo de lo que dispone el Código respecto de los puertos y demás objetos que cita, y á que ahora especialmente nos referimos (riberas, playas, radas, etc.). En efecto, el artículo citado añade... con sus ensenadas, radas, bahías, puertos y demás abrigos utilizables para la pesca y navegación. En esta zona, dice, por último, la ley, dispone y arregla el Estado la vigilancia y los aprovechamientos, así como el derecho de asilo é inmunidad, conforme todo á las leyes y á los tratados internacionales.

También es preciso tener en cuenta, para completar el número 1.° del art. 339 del Código, lo que dispone el art. 2.° de la ley citada, pues en este artículo se declaran como de dominio público los terrenos que se unen á la zona marítimo-terrestre por las accesiones y aterramientos que ocasione el mar (1).

Respecto al dominio público de los bienes que expresamente cita el Código, á saber, de las riberas, playas y radas, poco hay que decir en cuanto á las razones fundamentales del dominio público. Y para regular el aprovechamiento general de éstos, así como su condición particular ante los intereses privados, es preciso atenerse á los arts. 1.° (núm. 1.°), 7.°, 8.°, 9.°, 10, 11 y 12 de la ley de Puertos, en los cuales, como puede verse en la nota (2), se regula,

---

(1) Y añade: «Cuando por consecuencia de estas accesiones y por efecto de retirarse el mar, la línea interior que limita la expresada zona avance hacia aquél, los terrenos sobrantes de lo que era antigua zona marítima-terrestre pasarán á ser propiedad del Estado, previo el oportuno deslinde por los Ministerios de Hacienda, Fomento y Marina, y el primero podrá enajenarlos cuando no se consideren necesarios para servicios marítimos ú otros de utilidad pública. Si se enajenasen con arreglo á las leyes, se concederá el tanteo á los dueños de terrenos colindantes.»

(2) Dice la ley de Puertos: «Son de dominio nacional y uso público, sin

primero, lo que debe entenderse por zona marítimo-terrestre, comprensiva de las riberas, playas y radas; *segundo*, los *usos públicos* que están permitidos en el mar litoral y en las playas (art. 12); *tercero*, las restricciones que el dominio público impone en el carácter de servidumbre, de salvamento y de vigilancia á los dueños de los predios lindantes con playas, riberas, con el mar, en suma, así como los derechos que esa servidumbre no puede arrebatar.

Tales son los puntos más importantes que abraza el núm. 1.° del art. 339, que hemos procurado completar, ya por medio de la referencia á las leyes especiales que regulan los servicios públicos que prestan los bienes de dominio nacional y uso público, ya aludiendo á otros bienes del mismo carácter que los citados en el Código, y á que éste se refiere sin duda, cuando dice: «las riberas, playas, radas y *otros análogos*.»

Veamos ahora detenidamente el

Número 2.°—Ya al comentar la forma en que está concebido todo el art.339, hemos dicho cuál es nuestro parecer respecto del

---

perjuicio de los derechos que correspondan á los particulares: 1.° La zona marítimo-terrestre, que es el espacio de las costas ó fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales, en donde no lo sean. Esta zona marítimo-terrestre se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio en que sean navegables ó se hagan sensibles las mareas.» En el art. 7.° dice: «Los terrenos de propiedad particular colindantes con el mar ó enclavados en la zona marítima terrestre, están sometidos á las servidumbres de salvamento y de vigilancia del litoral.» En los arts. 8.°, 9.° y 10 se fijan los términos de esta servidumbre. El 11 dice: «En las charcas, lagunas ó estanques de agua del mar formadas en propiedad particular, no susceptibles de comunicación permanente, podrán pescar sus dueños sin más restricciones que la relativa á salubridad pública.» El 12 dispone que «el libre uso del mar litoral, ensenadas, radas, bahías y otras, se entiende para navegar, pescar, embarcar y desembarcar, fondear y otros actos semejantes, si bien dentro de las prescripciones legales y reglas de policía que lo regulen. En el mismo caso se encuentra el uso público de las playas, que autoriza á todos con iguales restricciones para transitar por ellas, bañarse, tender y enjugar ropas y redes, varar, carenar y construir embarcaciones, bañar ganados y recoger conchas, plantas y mariscos.»

carácter del dominio (político en parte) de los bienes que dicho artículo cita en el núm. 2.° El Código, que en su primitiva redacción, siguiendo al francés y belga, no hacía distinción alguna, la estableció al fin, conservando la frase dominio público para señalar como distintos de aquellos que lo son por *estar destinados al uso público,* los que lo son *por pertenecer privativamente al Estado, sin ser de uso común, y estar destinados á algún servicio público ó al fomento de la riqueza nacional.*

El concepto en que hay que fijarse para determinar bien el género de relación de dominio que en este número supone el Código, es en el del Estado como institución que necesita *medios* para atender á la prestación de los servicios que privativamente le incumben. Los medios en este caso (los bienes) no están como en el anterior á disposición de todos: se hallan dedicados al servicio, no del Estado mismo como Gobierno, sino de la sociedad, por intervención natural del Estado.

Analizando con cuidado el texto del artículo en la parte que comentamos, se puede establecer una distinción entre *bienes* dedicados á algún servicio público, y *bienes* dedicados al fomento de la riqueza nacional; pero no es esta distinción de transcendencia para los efectos del dominio, y, por otra parte, el fomento de la riqueza nacional puede en cierto respecto considerarse como un servicio del Estado.

En cuanto á los objetos expresamente designados por el artículo 339, en su núm. 2.°, nos encontramos con dos grupos de cosas que entrañan prácticamente una ordenación jurídica relativa á su disfrute y aprovechamiento muy diferente: tales son, *primero*, las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y *segundo*, las minas mientras que no se otorgue su concesión.

Primera división.—Respecto de las primeras poco hemos de decir, pues bien claro está el motivo por el cual ocupan una posición especial en la vida del Estado: son bienes que no pueden ser de uso común ni de aquellos de que el Estado dispone con arreglo á las leyes. La función de la defensa territorial los exige, y así se

desprende tal condición singularísima, no sólo de la declaración del Código, sino también de las ordenanzas militares, en las cuales se determina la naturaleza delicada, desde el punto de vista del uso y aprovechamiento social de los castillos, fortalezas, murallas, atrincheramientos, fosos y demás que guardan las poblaciones, fronteras ó costas, comprendiendo entre ellas sin duda, al tenor de lo dispuesto en el art. 4.° de la ley de Puertos de 1880, «los fondeaderos, varaderos, astilleros, arsenales y otros establecimientos destinados exclusivamente por el Estado al servicio de la marina de guerra.»

Una duda se ofrece aquí, que es necesario resolver. El art. 339, en su núm. 2.°, al indicar cuáles son bienes de dominio público, por las razones en el mismo expresadas, ¿no quiere aludir (fuera de las minas) más que á los que están destinados á la defensa del territorio? Esto parece opinar algún comentarista cuando combate al Código porque define como patrimoniales bienes como los edificios, oficinas, cárceles y otros que el Estado posee.

En nuestra opinión, lo que está el Código quizá es poco explícito; pero dada la definición del núm. 2.°, según la cual se declaran de dominio público los bienes que están destinados al servicio público y al fomento de la riqueza nacional, y dado que luego la cita que hace de las obras de defensa del territorio, tiene todo el aire de estar hecha por vía de ejemplo, creemos que deben conceptuarse como comprendidos en este artículo todos los bienes que no tenga el Estado, como los tiene un particular, supeditados á la satisfacción de sus necesidades propias (no de la sociedad como tal, sino la representación oficial de la misma como sociedad política), y en concepto de rendimientos ó de fuente de ingresos.

En tal supuesto, consideramos dentro del dominio público (ó lo que en definitivo sea), de que habla el Código en el lugar del artículo que comentamos, los edificios públicos, como Ministerios, Parlamento (Congreso y Senado), oficinas que tanto en Madrid como en provincias tiene el Estado, bibliotecas, museos, etc. En efecto, ¿qué destino tienen estos bienes, sino es el estar destinados al servicio público? ¿Ó es que no hay más servicio público que la

defensa del territorio? En este punto estamos conformes con la indicación que el comentarista del código italiano, Ricci, hace al hablar de análoga cuestión con motivo de los artículos 427 y 428 (1).

Y aun hay más. Todavía deben considerarse dentro del número 2.° otros bienes que, en determinada situación legal y económica, son de patrimonio del Estado, por ejemplo, los montes, en cuanto se atiende á lo que pueden estos ontribuir al fomento de la riqueza nacional.—Término por cierto bien acomodaticio y vago.

Pero en los montes y otros bienes predomina el lado patrimonial, y hablaremos de ellos en el artículo siguiente.

Segunda división.—Respecto de las *minas,* pocas palabras hemos de escribir. Se conceptúan las minas bajo el *dominio eminente* del Estado, y por tanto, como bienes que, mientras no se otorgue su concesión, no son de nadie en particular. Pero como cuanto dijéramos aquí tendría que ser de nuevo repetido más adelante al tratar entre las *propiedades especiales,* según el Código (tít. IV, cap. II) de la minera, por esto suspendemos para entonces todo comentario, limitándonos al presente á consignar cómo se ha desenvuelto el criterio revelado por el Código, en consonancia con la legislación especial de minas, por esta misma legislación. Según ésta, las sustancias minerales pertenecen por dominio público al Estado. Para determinar cuáles son éstas, se distingue entre el *suelo* y el *subsuelo;* el suelo puede ser de dominio público ó propiedad privada: el subsuelo es lo que se halla originariamente en el dominio público del Estado, y éste según los casos (según las tres diferentes clases de sustancias minerales que admite el decreto ley de 1868), ya lo abandona al aprovechamiento común, ó lo cede gratuitamente al dueño del suelo, ó lo enajena, mediante el pago de un canon á los particulares ó asociaciones que lo soliciten.

ARTICULO 340

Todos los demás bienes pertenecientes al Estado en

(1) Obra citada, II, pág. 80.

que no concurran las circunstancias expresadas en el artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada.

Con las distinciones que hemos procurado establecer y fijar al comentar el artículo anterior, poco esfuerzo necesitaremos al presente para determinar la noción de la propiedad privada del Estado á que el art. 340 se refiere.

Idea de la propiedad privada del Estado.—Trátase, en efecto, en este artículo de los bienes que no estando en las circunstancias señaladas en el art. 339, pertenecen sin embargo al Estado, ó sea de aquellos que le pertenecen sin ser del dominio *común* nacional, ni de *uso público*, ni estar directamente destinados al fomento de la riqueza de la nación; en una palabra, trátase de los bienes que el código italiano llama patrimoniales (art. 432), y que el austriaco comprende en la fortuna del Estado, la cual «se compone de todo lo que sirve para atender á las necesidades del mismo, como el derecho de acuñar moneda, los productos del timbre de correos, los bienes patrimoniales, las minas y las salinas, las contribuciones é impuestos, y los derechos regalianos» (art. 287).

Lo característico de estos bienes de propiedad privada, según Lomonaco y Ricci (1), está en que el Estado tiene respecto de ellos los mismos derechos que el particular, que dispone de ellos como el particular, aunque naturalmente con arreglo á las leyes especiales, pues el Estado, representante de la sociedad que obra y vive mediante las decisiones de sus gobernantes, requiere y necesita para su conducta, ó mejor para la conducta de sus funcionarios, solemnidades, garantías, exigencias, en suma, que se encaminan á evitar el fraude, la dilapidación, y á ordenar jurídicamente el empleo de los medios económicos.

En rigor, aun cuando tienen razón los tratadistas citados en lo relativo á la característica de los bienes de propiedad privada del Estado, no es eso todo lo característico, á mi ver. El art. 340,

(1) Obras citadas.

al señalar los bienes á que nos referimos, considéralos sobre todo desde el punto de vista de su destino económico. Son los bienes de propiedad privada del Estado los que constituyen el objeto y contenido de la relación de propiedad del Estado, como órgano social del derecho, como institución que exige privativamente, y con independencia del fin que cumple, medios adecuados para sostenerse, para vivir, para conservar su organismo natural y cumplir de ese modo mejor y más adecuadamente su misión terrena.

De ahí que, á diferencia de los bienes comprendidos en el artículo anterior, éstos se han de considerar como constitutivos de la riqueza del Estado, como la fuente de sus ingresos, pues ya sus rentas y beneficios, ya los bienes mismos en cuanto entran en el comercio *(sunt res in commercio)*, pueden ó deben formar parte del activo en el Presupuesto del Estado, que es su ley económica escrita.

Los bienes patrimoniales del Estado.—Conviene ahora detenerse breves momentos á considerar la propiedad privada del Estado, para ver cuál conjunto de medios de los que la constituyen son los bienes á que alude el art. 340. Aunque, sin un criterio científico diferencial, el artículo antes citado del código austriaco designa todos los objetos que componen la fortuna del Estado; pero ocurre, al interpretar el artículo del Código español, la duda de si todos esos objetos, desde la propiedad territorial ó fincas del Estado hasta los impuestos, se hallan implícitamente comprendidos en él. Algún tratadista de derecho administrativo, como, por ejemplo, el Sr. Santamaría (1), clasifica los medios económicos del Estado en dos grupos, *bienes* y *recursos*, entendiendo por los primeros las cosas materiales muebles, inmuebles ó semovientes, que tiene el Estado para satisfacer sus necesidades, á modo de patrimonio particular...; y por los segundos, los ingresos con que cuenta para atender á sus gastos, á saber: contribuciones é impuestos, frutos, rentas productos de aprovechamientos y retribuciones por determinados servicios.

---

(1) *Derecho administrativo*, pág. 659.

Realmente, si considerásemos el patrimonio total, la riqueza privativa del Estado, habría que comprender en ella, como hace el código austriaco, las dos clases de medios que se dejan enumeradas. Tan propiedad es un impuesto ó su producto, recaudado, como un edificio público en situación de venta. Azcárate, por ejemplo, en el capítulo de su *Historia de la propiedad* (1), relativo á la propiedad del Estado, lo que estudia más detenidamente es el impuesto (2).

Pero aun cuando se lo tenga en cuenta siempre como medio económico, como objeto de propiedad, los bienes patrimoniales del Estado, á que se alude en el artículo 340, son sin duda los siguientes:

1.° Bienes mostrencos, que se rigen fundamentalmente por la ley de 9 de Mayo de 1835, y que son:

a) Los que estuvieren vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuos ni corporación alguna. Para interpretar y comprender la naturaleza de la relación de propiedad del Estado sobre estos bienes, en cuanto implica ésta el derecho de ocupación de cosas abandonadas y el hallazgo de cosas perdidas, es preciso tener presentes los arts. 610, 615 y 616 del Código civil.

b) Todo lo que el mar arroje á la orilla y no tenga dueño conocido. Entiéndase bien que no ha de tratarse de los productos naturales del mar mismo, sino de aquellos objetos que por causa de naufragio ó por cualquier otra el mar arroja á las playas. De estos objetos se incauta la Hacienda pública, previo inventario y justiprecio, quedando responsable á las reclamaciones de un tercero y al pago de los derechos y recompensa de hallazgo y salvamento. Debe consultarse á propósito de esto la ley de 7 de Mayo de 1880 sobre las aguas del mar y los puertos, y el art. 617 de Código.

c) El tesoro oculto que se hallare en terreno del Estado; pero

---

(1) Tomo III. cap. XVI.

(2) V. Posada, *Administración política y administración social*. Orden económico.

teniendo en cuenta que si fuera descubierto por casualidad, la mitad es para el descubridor, y que si se trata de objetos interesantes para la ciencia ó artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio. Deben también consultarse los artículos del Código civil 351, 352, 471 y 614, y tener en cuenta el principio general, según el cual el tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare.

d) Los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederlos con arreglo á las leyes. En este punto es preciso atender á lo que disponen los arts. 956, 957 y 958 del Código civil, en los cuales se regula la sucesión del Estado, y á lo que dispone el art. 555, según el cual «el derecho de heredar abintestato no se extiende más allá del sexto grado de parentesco en línea colateral», modificando así la ley de 1835, que disponía que el Estado heredase á los abintestatos después de los colaterales del décimo grado.

e) Todos los bienes de fundación cuya adjudicación se pidió antes del 23 de Noviembre de 1856; los de abintestato referentes á personas fallecidas largo tiempo ha sin haber dejado descendientes ó parientes conocidos.

f) Los bienes detentados ó poseídos sin título legítimo, los cuales podrán ser reivindicados con arreglo á las leyes comunes. En esta reivindicación incumbe al Estado probar que no es dueño legítimo el poseedor ó detentador, sin que éstos puedan ser compelidos á la exhibición de títulos, ni inquietados en la posesión hasta que sean vencidos en juicio.

El carácter de propiedad privativa del Estado sobre estos bienes se ofrecen teniendo en cuenta que la Hacienda es quien verifica todas las operaciones relativas á su aplicación económica, y que como medio de esta especie se hayan en general aplicados al pago de la deuda pública, siendo uno de los arbitrios permanentes de la amortización.

2.º Edificios del Estado en cuanto se los considera, no en el servicio público, sino en cuanto pueden ser objeto, al tenor de las leyes de 1.º de Mayo de 1855 y 21 de Diciembre de 1876, de venta

ó permuta, es decir, en cuanto entran en el comercio como medios de carácter económico.

3.° Las minas, de que el Estado es propietario y explotador, constituyendo sus productos una renta del mismo. Proceden estas minas y las salinas (hoy Almadén, Linares y salinas de Torrevieja) de excepciones hechas por las leyes de desamortización.

4.° Los montes del Estado, de que en virtud de las leyes desamortizadoras se incautó la Hacienda. Los montes que siguen siendo un servicio público, por estar exceptuados de venta, con arreglo á las leyes de 1.° de Mayo de 1855 y 11 de Julio de 1856, y que corren á cargo del Ministerio de Fomento, de conformidad con la ley de 24 de Mayo de 1863, son de dominio público. Los otros, esto es, 1.°, los montes que debiendo ser considerados como públicos, no se hayan entregado por cualquier causa al Ministerio de Fomento; 2.°, los montes que en virtud de las clasificaciones hechas se hayan declarado enajenables, ó en lo sucesivo se declaren por el Ministerio de Fomento, y 3.°, los que el Consejo de Ministros, previa consulta del de Estado, considere que deban comprenderse entre los vendibles en virtud de reclamación del Ministerio de Hacienda, denegada por el de Fomento; todos estos entran en la categoría de bienes patrimoniales del Estado.

5.° Los bienes baldíos, es decir, aquellos que no perteneciendo al dominio particular, y sí al público, permanecen ociosos, no están destinados á la labor ni cubiertos de árboles, y sus frutos espontáneos son recogidos por quien quiera. Los bienes baldíos están declarados por la ley de 1855 en situación de venta.

6.° Bienes procedentes de desamortización civil y eclesiástica. Para determinar cuáles son éstos, sería preciso hacer aquí un examen de la accidentada y compleja legislación desamortizadora. Deben tenerse como fundamentales en este punto las leyes de 1.° de Marzo de 1855 y 17 de Julio de 1856. El concepto general de estos bienes comprende todos los que, según el art. 1.° de la ley de 1855, se declararon en estado de venta, según la clasificación hecha por la ley de 1856, siendo preciso distinguir entre los declarados y exceptuados de la venta, y más especialmente entre los

declarados *bienes del Estado* para los efectos de la venta y los de *Corporaciones civiles.*

Como bienes del Estado, en este concepto se deben señalar: los que llevan este nombre; los del secuestro del ex Infante D. Carlos; los de carácter eclesiástico, al tenor de lo dispuesto en el convenio establecido con la Santa Sede (1859-60), esto es, permutados por inscripciones intransferibles de la Deuda pública; el 20 por 100 de propios de los pueblos; los de Instrucción pública superior, cuyos productos ingresen en las cajas del Estado.

ARTICULO 341

Los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general ó á las necesidades de la defensa del territorio, pasan á formar parte de los bienes de propiedad del Estado.

Reproduce nuestro artículo lo mismo que dispone el art. 429 del código civil italiano, y en parte es análogo al 541 del francés. Sin duda que de la misma naturaleza de la relación de derecho que implica el dominio público, se desprende que cuando cesan de estar destinados los bienes al uso público, pasan á ser del patrimonio del Estado.

«Si el legislador, dice Ricci, faltando al uso á que están destinados los bienes del Estado, no puede cambiar la índole y los caracteres propios de los mismos para atribuirlos á otros diferentes, puede, sin embargo, hacer que cese el uso al cual estaban destinados, y conseguir así que pasen de una á otra categoría.» Realmente, la función del Estado, como supremo ordenador jurídico de la sociedad, entraña la facultad de distinguir las cosas públicas y de determinar, en virtud de su soberanía, el destino propio de los medios.

Pero lo que interesa más en la práctica, es fijar el modo con arreglo al cual un bien de dominio público cesa de estar destinado al uso público. Debe tenerse en cuenta, ante todo, la diferente

condición de los bienes, según estén ó no estén en el dominio público, relativa á la alienabilidad ó no alienabilidad, y á la prescripción de los mismos. El paso de éstos del dominio público al patrimonio del Estado los pone en el comercio. Así un trozo de camino abandonado, un puerto que deja de serlo, una obra de defensa que se destruye, etc., etc., quedan, por decirlo así, libres de la exigencia dominante é inevitable del servicio público, y pasan á ser de la categoría de los bienes que entran sin dificultad en todas las relaciones jurídicas de la propiedad particular. Explícitamente lo reconoce nuestra legislación con respecto á las obras militares, según puede verse en la Real orden de 22 de Octubre de 1850 y otras posteriores.

La dificultad mayor en todo esto estriba naturalmente en fijar el momento en que los bienes de dominio público dejan de serlo. Si la Administración ó la autoridad competente legislativa realizan un acto en virtud del cual cesa el destino ó uso público de los bienes de que se trata, naturalmente la dificultad queda desde el primer momento resuelta. Hay un punto de partida cierto para iniciar las relaciones jurídicas á que pudiera haber lugar. Pero puede ocurrir que no haya tal declaración expresa, legislativa ó administrativa, y sin embargo cesar de hecho el destino público de los bienes; ahora bien: en este caso, y para los efectos jurídicos que resultan de entrar la cosa en el comercio de los hombres, ¿se entenderá que se ha verificado la conversión de los bienes de dominio público en bienes patrimoniales?

El citado tratadista Ricci opina, respecto del código italiano, por la afirmativa, y por nuestra parte creemos que tal debe ser la solución. El destino de las cosas no depende tanto de una declaración expresa, como del uso público de las mismas, y cuando el uso público cese con respecto de determinados bienes, cesa también su situación en el dominio público. Si una fortaleza en ruina se abandona y no se repara, si un trozo de la vía pública se abandona también por construir otro nuevo en mejores condiciones..., ambos bienes cesan de estar adscritos al uso común ó á la defensa nacional, y ambos bienes pasan al patrimonio del Estado, y su régimen ju-

rídico es el del presente Código y las leyes especiales más ó menos administrativas.

El problema, que en su caso se sometería á la resolución del juez, es determinar el momento en que se pudo ocasionar el cambio de condición de los bienes, para ver, por ejemplo, si se debería ó no aplicar la prescripción, teniendo en cuenta el art. 1396 del Código civil, si pueden ejercerse respecto de ellos los interdictos, etc., etc.

ARTICULO 342

Los bienes del Patrimonio Real se rigen por su ley especial; y en lo que en ella no se halle previsto, por las disposiciones generales qne sobre la propiedad particular se establecen en este Código.

Parece como que el Código civil quiere considerar los bienes del Patrimonio Real de una especie diferente de los públicos, y como distintos de los bienes del Estado patrimoniales. Tratadista hay, sin embargo, de derecho administrativo, que enumera los bienes del Real Patrimonio entre éstos últimos; véase si no el Sr. Santamaría (1). Pero si se procura definir la relación especial de propiedad en que semejantes bienes se encuentran, en virtud del destino á que se hallan dedicados, partiendo además de un concepto adecuado de la monarquía representativa, quizá podrían considerarse estos bienes como bienes de dominio público, al tenor del núm. 2.º del art. 339. Abona esto hasta el antecedente bien señalado de la ley 4.ª, título 15, Partida 2.ª, la cual considera el señorío del rey «como raíz del reino».

En efecto, prescindiendo ahora de la distinta consideración histórica del Patrimonio de la Corona, de su origen, de sus vicisitudes, lo evidente es, dentro del derecho político moderno, que ese patrimonio lo constituya un conjunto de bienes propios de la nación, destinados á un servicio que se conceptúa nacional, á saber,

(1) Obra citada.

al brillo majestático del rey, á su esplendor como representante de la soberanía del Estado. Bienes según esto, fuera del comercio, en la medida en que lo están los que, «sin ser de uso común, están destinados á algún servicio público».

Sin embargo de esto, se explica el art. 342, teniendo en cuenta que la situación especial de los bienes del Real Patrimonio, entraña condiciones legales y administrativas especiales también.

Fijándose ahora en las condiciones de estos bienes en nuestra historia y situación presente, es preciso señalar el origen del Patrimonio Real en la distinción que se llega á realizar entre la nación como Estado, que no es patrimonio ni señorío de una dinastía (1), por una parte, y de la otra el Poder real y su consideración jurídica en el régimen constitucional, consideración esta que no rompe de plano é inmediatamente con la anterior propia y característica del régimen absoluto. Ahora bien: al verificarse esta distinción, el monarca conserva, como consecuencia de sus preminencias tradicionales, las cualidades que le distinguen y que le dan una posición excepcional en el Estado, á cuyo mantenimiento se atiende de un lado por la llamada lista civil, y de otro con el usufructo de una porción de bienes por el rey, que no posee como particular, que no forman parte del patrimonio que éste pueda tener, pero que están á su servicio y para su brillo real.

La determinación de las condiciones del Patrimonio Real, para diferenciarlo del patrimonio privado del rey, así como de la situación legal de aquél fué obra de la ley de 12 de Mayo de 1865, pero posteriormente á esta ley el Patrimonio Real sufrió algunas importantes vicisitudes, como consecuencia principalmente de nuestras transformaciones políticas. Basta citar la ley de 18 de Diciembre de 1869, consecuencia de la Revolución de Septiembre, revertiendo al pleno dominio del Estado todos los bienes y derechos del Patrimonio de la Corona, declarando además extinguido el que se formó en 1865, y constituyendo otro más limitado para el uso del rey. En 1873, proclamada la República, incautóse

(1) Según aquella gráfica expresión de la Constitución de 1812.

de tales bienes el Ministerio de Hacienda; mas realizada la Restauración en 1875, devolvióse á la Real Casa el patrimonio de 1869, y en ley de 26 de Junio de 1876 se dispuso la devolución de todos los bienes y posesiones que formaban aquél en 1865, excepto las fincas rústicas y urbanas que hubiesen sido enajenadas por el Estado á particulares por título oneroso en virtud de la ley de 1869.

He aquí ahora en qué consiste el Patrimonio Real, al tenor del art. 6.º de la ley de 12 de Mayo de 1865, salvo las enajenaciones hechas por la otra ley posterior antedicha:

1.º El Palacio Real de Madrid con sus caballerizas, cocheras, parques, etc., etc.

2.º La Armería Real y terrenos de la plaza (ley de 1878).

3.º El Real Museo de Pinturas y Esculturas.

4.º Los Reales Sitios del Buen Retiro, Casa de Campo y Florida.

5.º El Pardo y San Ildefonso.

6.º El Real Sitio de Aranjuez con sus pertenencias y la yeguada existente en el mismo.

7.º El Real Sitio de San Lorenzo con su biblioteca y pertenencias.

8.º La Real fortaleza de la Alhambra y el Alcázar de Sevilla con sus pertenencias.

9.º El Jardín del Real de Valencia, los Palacios Reales de Valladolid, Barcelona, Palma de Mallorca y el castillo de Bellver.

10. El patronato del monasterio de las Huelgas de Burgos, con el Hospital del Rey, el patronato del convento de Santa Clara de Tordesillas y los demás patronatos y derechos honoríficos.

11. Forman también parte del Patrimonio los muebles y semovientes contenidos en los palacios, edificios y predios enumerados.

La dotación anual que el rey tiene asignada por la ley en el presupuesto, no está considerada como comprendida en el patronato: es, por el contrario, de su peculio particular.

El carácter jurídico del Patrimonio Real, desde el punto de

vista del derecho civil, lo constituye en una especie de vinculación, y según dijimos ya, en un usufructo á favor del jefe del Estado. Esto hace que todos los cambios de posición, dentro de las relaciones de derecho que puedan afectar estos bienes, tengan solemnidades y trámites especiales, que es á los que precisamente alude el artículo del Código en que nos ocupamos.

En efecto, los bienes del Patrimonio Real son inalienables y además imprescriptibles, porque no se hallan en las condiciones que la prescripción supone, según el art. 1396. Además, estos bienes no pueden sujetarse á gravamen real ni á ningúna otra responsabilidad, esto es, no pueden hipotecarse, etc., etc.

Las donaciones, permutas, enfiteusis y cualesquiera otras enajenaciones de bienes raíces ó muebles preciosos pertenecientes al Patrimonio de la Corona, serán objeto de una ley. Sin embargo de esto, se conservó á la Casa Real por espacio de cuarenta años, á contar desde 1865, la facultad de ceder en los Reales Sitios de Aranjuez y San Ildefonso el dominio útil de solares que se destinasen precisamente á la edificación.

Respecto al arrendamiento de los bienes del Patrimonio Real, se dispone que cuando exceda el término de treinta años, será objeto de una ley, y que hasta un año antes de su espiración ningún arrendamiento podrá prorrogarse, cualquiera que sea el término por el que se hubiese celebrado.

El uso de los bienes del Patrimonio Real implica que se puede hacer en las tierras, parques y jardines las alteraciones que se juzgue convenientes, y en los edificios las reparaciones, adiciones, demoliciones y reedificaciones que se estimen adecuadas á su conservación y embellecimiento. Además el rey tiene el goce y disfrute de los montes de arbolado, así como de los demás bienes, y á él le corresponde el nombramiento de los empleados necesarios para la custodia, dirección y administración del Real Patrimonio, así como los gastos para su sostenimiento, mejora y conservación.

En cuanto á los muebles y semovientes que se deterioren ó perezcan, el rey puede enajenarlos sustituyéndolos.

ARTICULO 343

Los bienes de las provincias y de los pueblos se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales.

El comentario de este artículo tiene que ser necesariamente breve. Presupone este artículo, análogo al 432 del código italiano, y que guarda algún dejo y recuerdo del 542 del código Napoleón, la afirmación de la personalidad jurídica y política de los municipios y de las provincias (verdaderos Estados). En virtud de la afirmación de la personalidad jurídica, los municipios y provincias son sujetos posibles de la relación de propiedad privada: tienen sus patrimonios. En virtud de la afirmación de la personalidad política (Estados) tienen un dominio público, análogo en sus condiciones generales, en su razón de ser, en sus exigencias legislativas, al dominio público del Estado.

Si tuvieran estos comentarios un propósito exclusivamente doctrinal y científico, y no importara sobre todo el lado práctico y de aplicación del Código, buen lugar sería éste para investigar si entre lo dispuesto en el art. 343, si entre este explícito reconocimiento de los municipios y provincias como entidades jurídicas, autónomas para la vida civil, y la consideración de los mismos, como entidades subordinadas y sometidas á los poderes centrales, que caracteriza nuestra legislación administrativa, no hay una contradicción palmaria. Por de pronto, puede asegurarse que en nuestro derecho civil se va, á lo menos en las declaraciones como la del art. 343, de un carácter dogmático, mucho más allá que en los derechos político y administrativo. En éstos, la provincia y el municipio son verdaderas circunscripciones al servicio del Estado nacional; no puede decirse que son *Estados,* sino esferas subordinadas al Estado que las absorbe, mientras en el derecho civil, al hablarse de un dominio público, municipal y provincial, se reconoce la existencia de esas entidades *totales*, de Estados, en suma, del orden político, con una relación, característica del Estado nacional

moderno en los países centralizados, respecto de la naturaleza en virtud de la cual las colectividades municipales y provinciales todas tienen objetos suyos, propios, al modo y en la forma que la nación misma.

Pero repetimos que no queremos detenernos en esta cuestión. El hecho positivo es que los municipios y las provincias, no los *Estados* provincial y municipal, como impropiamente en este caso dice un comentarista del Código civil, tienen bienes de dominio público, es decir, bienes de la entidad social, municipal ó provincial, de la que el Estado no es más que una representación total, y suponemos que la tienen en los dos conceptos que especifica para el Estado nacional el art. 339 del Código. Además que los municipios y provincias tienen bienes patrimoniales, esto es, bienes que, según el art. 340, «tienen el carácter de propiedad privada».

Conviene hacer notar que este art. 343 tiene muy interesantes precedentes en las leyes de Partida (leyes 9.ª y 10, tít. 28, y 23, tít. 32 de la Partida 3.ª), las cuales consignaban (ley 9.ª) como bienes comunes muchos de los que el artículo siguiente enumera, así como los tiene y á ellos debe acudirse para aclarar ciertos conceptos en los arts. 26, 72, 73, 75, 85 y otros de la ley Municipal.

ARTICULO 344

Son bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos ó provincias.

Todos los demás bienes que unos y otras posean, son patrimoniales y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales.

I

Ocúrrese, al comentar este artículo, en primer término, aludir á cierta falta de sistema y de orden en la redacción y aun concep-

ción jurídica del Código. Consiste esto en la diferencia que hay entre la manera de definir el dominio público de las provincias y de los pueblos, y el dominio público del Estado, al tenor este último del art. 339.

En efecto, se recordará que en este artículo se distingue en el dominio público bienes destinados al uso público, y bienes que, sin ser patrimoniales, son privativamente del Estado y están destinados á algún servicio público ó al fomento de la riqueza nacional. Ahora bien: el art. 344 prescinde, según se ha visto, de esta distinción, y prescinde de usar ó de buscar una característica general á los bienes de uso público provincial y de los pueblos, limitándose á enumerar unos cuantos taxativamente, y al final á indicar de un modo más comprensivo ciertos bienes, á saber, las obras públicas de servicio general costeadas por los mismos pueblos ó provincias.

¿Debemos atenernos, en vista de esto, al sentido literal de la ley y suponer que lo que es aplicable á los bienes de dominio público del Estado no lo es á los de las provincias y de los pueblos? No encontramos, ciertamente, razón que abone esta interpretación literal. Idéntica es, por el contrario, en este punto la naturaleza de la nación y de su Estado, y la de la provincia y del municipio, y de sus Estados respectivos. Como hay bienes de dominio público nacional y uso general (una carretera), y bienes de dominio público del Estado nacional y destinados á algún servicio público (una fortaleza), así hay en la vida municipal, por ejemplo, bienes de dominio público municipal (un camino), que pueden ser usados y aprovechados por todos, residentes ó transeuntes, y bienes (no patrimoniales) de dominio público municipal, que están especialmente destinados al servicio del municipio en su función política, y aun bienes de dominio público municipal también, que sólo pueden disfrutar los miembros (vecinos y domiciliados) del mismo municipio.

Pero prescindiendo de esta cuestión, que realmente el Código en el art. 344 elude, y viniendo ya á su contexto literal, lo cierto es que nos encontramos con la distinción capital de los bienes en bienes de dominio público: las cosas *universitatis* del derecho ro-

mano, esto es, los bienes comunes, cuyo goce, dice Lomonaco, «se atribuye á la universalidad de los habitantes del municipio, y á cada uno de ellos, *uti singuli*, como, por ejemplo, una plaza y los caminos vecinales» (1), y los bienes patrimoniales: las cosas *in patrimonio universitatis*, esto es, los bienes cuyo goce está reservado al municipio, el cual percibe los frutos y los aplica á las exigencias de su administración y para el servicio en utilidad de los intereses generales de los administrados.

Pasaremos ahora á examinar más en detalle cada una de las dos clases de bienes, empezando por los de dominio público. Según hemos advertido, el art. 344 no define estos bienes, sino que los enumera; así tenemos como bienes de dominio público que no son poseídos por las provincias y por los pueblos, á título de propiedad, sino sujetos á la inspección (policía) provincial y municipal, en virtud de la función administrativa de la corporación que representan tales entidades, los siguientes: 1.°, los caminos provinciales y vecinales; 2.°, las plazas, calles y paseos públicos; 3.°, las fuentes y aguas públicas, y 4.°, las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos ó provincias. Aun cabría discutir si debe darse con esta enumeración por agotado el dominio público provincial ó municipal; pero no se trata de eso ahora.

Una afirmación general debe hacerse respecto de este asunto. Como dice Laurent, «el dominio público se rige por los mismos principios, no importando que sea del Estado, de la provincia ó del municipio. Se halla fuera del comercio, y por consecuencia es inalienable é imprescriptible...; cuando el destino público cesa, sus bienes entran en el dominio privado» (2). Aplicación al dominio público provincial y municipal de lo que dispone el art. 341 de nuestro Código.

---

(1) Obra citada, pág. 169.

(2) Obra citada, tomo VI, pág. 85.

II

Examinando ahora, uno por uno los bienes de dominio público, provincial ó municipal antes enumerados, debemos manifestar lo siguiente:

1.º Los caminos vecinales y provinciales corresponden al dominio público del pueblo ó provincia respectivos, por su destino, porque están construídos sobre terrenos del municipio ó provincia de que se trate.

En este punto, como en otros varios, el derecho civil está en íntima relación con el derecho administrativo, pues á éste tiene que acudir. 1.º Para determinar el *concepto de los caminos provinciales y municipales*, á diferencia de los nacionales; según la ley de Carreteras de 4 de Mayo de 1877, arts. 25 á 45 (capítulos 3.º y 4.º), respondiendo á la distinción establecida por el art. 2.º, son carreteras provinciales las que se construyen con fondos provinciales y son de cargo de los municipios, las que no hallándose comprendidas en los planes del Estado ni en los de la provincia, acuerden los Ayuntamientos construir para satisfacer intereses de las respectivas localidades. 2.º Para determinar *la forma y procedimiento de la construcción;* según la misma ley, en los artículos citados, para construir una carretera provincial, hace falta: 1.º, que la carretera esté comprendida en el plan de carreteras de la provincia, y 2.º, que su proyecto esté previamente aprobado; y para construir un camino vecinal hace falta que esté incluído en el plan acordado por el municipio, con su proyecto previamente aprobado y un crédito suficiente en el presupuesto del Ayuntamiento; los *planes* de carreteras provinciales se forman por la Diputación, y los aprueba el Ministro de Fomento, oída la Junta consultiva de Caminos; los de caminos vecinales se forman por los Ayuntamientos y se aprueban por el Gobernador con reclamación ante el Ministerio de Fomento; la construcción de los caminos de que tratamos se ajustará á los procedimientos generales de administración ó contrata, al tenor de lo dispuesto en las leyes que regulan en este punto la ac-

tividad jurídico-administrativa; los proyectos, dirección é inspección de las carreteras provinciales, corresponde á ingenieros de caminos, canales y puertos, nombrados libremente por la Diputación. 3.º Para *fijar las reglas de la conservación y reparación de los dichos caminos provinciales y municipales*, que corren á cargo respectivamente de las Diputaciones y Ayuntamientos. Y 4.º Para determinar *las autoridades á quienes compete cuidar y velar* para que no se perturbe el uso público común de la vía de comunicación á que este artículo del Código se refiere.

2.º Las plazas, calles y paseos públicos corresponden, sin duda alguna, al dominio público *municipal*, porque se hallan establecidos sobre suelo municipal y están destinados al uso de todos. Laurent presenta, tratando de las plazas, una cuestión relativa á si deben conceptuarse como de dominio público los lugares vacíos, libres, que se encuentren en los municipios rurales. En efecto, quien haya recorrido los municipios rurales, sobre todo de las montañas asturianas ó santanderinas, observará no pocos trozos de terreno libres entre las casas, que no constituyen agrupaciones urbanas. Laurent opina, contra Proudhon (1), que toda vez que están al servicio de todos esos lugares, deben considerarse públicos y de dominio público. Realmente, para decidir el punto, bastará siempre fijarse en el destino real y efectivo de los citados lugares, y si este destino entraña un uso común de todos, no hay duda de que son de dominio público municipal sino son patrimoniales.

Las calles pertenecen siempre al dominio público del Municipio por las mismas razones que las plazas, pero puede ocurrir respecto de ellas una cuestión cuando se prolonga por un camino ó carretera del Estado. Naturalmente, entonces el dominio público de ésta es el que debe imperar, pues su servicio es, sin duda, el más importante y el principal. Basta para el caso ver en qué condición se hallan en España las travesías del Estado por las pobla-

---

(1) *Du domaine public*, núm. 357.

ciones. Las dificultades en todo caso se referirán á las relaciones inmediatas con la policía municipal.

3.° Las fuentes y aguas públicas. Las aguas de las fuentes públicas y las fuentes mismas, también deben conceptuarse de dominio público por su destino común. Trátase, en efecto, de un servicio público municipal; el dominio público debe corresponder en su consecuencia al municipio. Laurent (1) advierte que si es verdad que las aguas de las fuentes son de dominio público, en cuanto son necesarias á los habitantes del municipio, ocurre la duda respecto de la condición de las aguas sobrantes. En nuestro concepto, en la legislación española la duda debe decidirse teniendo en cuenta la naturaleza jurídica que adquieran las aguas esas, al tenor de lo dispuesto en los arts. 407 y 408 del Código civil y disposiciones concordantes de la ley de Aguas, que en su lugar oportuno se citan y examinan.

Acerca de las demás aguas públicas á que alude el presente artículo, sólo puede decirse que son provinciales ó municipales, siguiendo la condición de su destino, provincial ó municipal, ó la del cauce, barranco, rambla, lugar, en fin, donde el agua se halle ó por donde discurra, siempre al tenor de lo dispuesto por el Código civil al tratar de las Aguas y por la ley especial de las mismas.

4.° Obras públicas de servicio general costeadas por los mismos pueblos ó provincias. Es esta la disposición de carácter más general en lo relativo al dominio público provincial ó municipal que contiene el artículo que examinamos, y en la cual acabamos de ver el resto de los bienes enumerados taxativamente. Pero ¿cuáles son esos otros? No es oportuno, ni hace falta, enumerarlos todos. Por de pronto, la ley general de Obras públicas de 13 de Abril de 1877, nos da una pauta que en parte sirve para contestar á esa pregunta. Según el art. 1.°, se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas á servicios que se hallen á cargo del Estado, de

(1) Obra citada, tomo VI, pág. 86.

las provincias y de los pueblos; según el art. 5.°, son de cargo de las provincias: 1.°, los caminos incluídos en el plan de los que han de hacerse con fondos provinciales; 2.°, los puertos de sus respectivos territorios, que no siendo de los comprendidos en el párrafo tercero del art. 4.°, ofrecen mayor interés comercial que el de su propia localidad; 3.°, el saneamiento de lagunas, pantanos y terrenos encharcadores en que se interese la provincia, y no sean de los incluídos en el párrafo quinto del citado art. 4.° Y según el art. 6.°, son de cargo de los municipios: 1.°, la construcción y conservación de los caminos vecinales incluídos en el plan de los que deban costearse con fondos municipales; 2.°, las obras de abastecimiento de aguas de las poblaciones; 3.°, la desecación de las lagunas y terrenos insalubres que, no siendo de los comprendidos en el párrafo quinto del art. 4.° (á cargo del Estado), ni en el párrafo tercero del art. 5.°, interesan á uno ó más pueblos, y 4.°, los puntos de interés meramente local.

Lo relativo á los puertos provinciales y municipales debe ser completado con los arts. 15 y 17 de la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880.

Además de estas obras públicas provinciales y municipales taxativamente señaladas por la legislación, deben conceptuarse dentro de este epígrafe general aquellas construcciones, como los edificios públicos, en que se hallan instalados servicios de carácter general, y que han sido costeados por los mismos pueblos ó provincias, tales como escuelas, oficinas, mataderos, etc., etc.

«Todos los demás bienes, añade el art. 344, que unos y otras posean (municipios y provincias), son patrimoniales, y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales.»

Esto es, nos encontramos aquí, con respecto de los pueblos y de las provincias, con la misma cuestión de propiedad que respecto del Estado examinamos al comentar el art. 340. Son estos bienes, como dice Laurent, «aquellos que no están destinados al uso (*inmediato* pudiéramos añadir) de todos, sino que se hallan en el dominio de la provincia ó del municipio en virtud del derecho

común», y por tanto se encuentran en el comercio, siempre con arreglo á aquellas solemnidades ó garantías que la índole especial (corporativo representativa) de los municipios y provincias exigen. Con estos bienes de propiedad privada provincial y municipal es con los que la provincia y el municipio constituyen su riqueza particular, sus medios económicos, y con los cuales atienden las representaciones oficiales de los mismos á la satisfacción de las necesidades de su respectivo instituto.

Lo mismo que decíamos al hablar del Estado, podríamos decirlo aquí. Desde un punto de vista general, el patrimonio de la provincia y del municipio está formado por cuantos objetos posee de naturaleza económica, aprovechables por tanto. En tal supuesto, lo mismo los que en sentido estricto se denominan bienes, que los llamados recursos procedentes del impuesto, entran en la categoría de propiedades provinciales y municipales. Pero ya hemos visto al tratar del Estado, cómo prescindimos de los medios económicos que proporcionan los impuestos, para fijarnos sólo en los bienes. Las provincias tienen, entre los bienes patrimoniales de que disponen en concepto de personas jurídicas, cosas muebles, edificios, valores públicos, cuyas rentas ó intereses puedan aprovechar las Diputaciones para atender á los gastos consignados en los presupuestos provinciales. Corresponde exclusivamente á la Diputación la custodia y conservación de los bienes, acciones y derechos que pertenecen á las provincias. Para todos los contratos relativos á la enajenación ó hipoteca de bienes inmuebles, derechos reales y títulos de la Deuda pública, así como para la emisión de impuestos ó estipulación de préstamos, es necesaria la aprobación del Gobierno. En cuanto á los edificios provinciales declarados inútiles para el servicio á que estaban destinados, pueden ser vendidos por las Diputaciones en pública subasta, pero no pueden ser permutados sin aprobación del Gobierno. Los bienes provinciales declarados en situación de venta, procedentes de la desamortización, continuarán en manos de la administración provincial hasta el momento de su enajenación por el Estado.

Respecto de los Municipios, tenemos los bienes *de propios* (á

diferencia de los comunes, dominio público), que pertenecen al municipio en concepto de patrimonio, y se sirven de ellos principalmente por la renta que proporcionan. Corresponde á los Ayuntamientos la administración, custodia, conservación y aprovechamiento de todas las fincas, bienes y derechos del pueblo. También le corresponde la facultad de vender los efectos inútiles, terrenos sobrantes de la vía pública, etc., etc. Necesitan los Ayuntamientos aprobación del Gobernador (oída la Comisión provincial), para verificar podas y cortas en los montes municipales, y para celebrar contratas relativas á los edificios inútiles para el servicio á que estaban destinados, y sobre créditos particulares á favor del pueblo. Las contratas relativas á los demás bienes inmuebles del Municipio, derechos reales y títulos de la Deuda pública, necesitan aprobación del Gobierno (arts. 72 á 82 y 85 de la ley Municipal).

La situación especial de los bienes de Propios es hoy la creada por las leyes de desamortización. El Estado tomó para sí en concepto de bienes nacionales el 20 por 100 de los propios no necesarios al servicio público, y que sólo servían por la renta que producían. En cuanto á los bienes *comunes* (dominio público), se declararon en situación de bienes de venta todos menos los expresamente exceptuados. Respecto del 80 por 100 de Propios reservados á las Corporaciones civiles, el Estado los declaró en situación de venta, entregando á éstas su producto convertido en inscripciones intransferibles de la Deuda pública; estas inscripciones pueden emplearse en obras de utilidad municipal ó provincial, en Bancos agrícolas ó territoriales y con aprobación del Gobierno. Los bienes desamortizados de los pueblos, incluso el 20 por 100 de propios, continúan administrándose por los Ayuntamientos hasta tanto que tenga efecto su enajenación por el Estado.

Todas las rentas y productos procedentes de bienes, derechos ó capitales que por cualquier concepto pertenezcan al Municipio ó á los establecimientos de beneficencia, instrucción, etc., que de él dependan, constituyen los ingresos, de que el Ayuntamiento dispone para atender á las cargas consignadas en el presupuesto.

ARTÍCULO 345

Son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, de la Provincia y del Municipio, los pertenecientes á particulares, individual ó colectivamente.

La redacción de este artículo difiere bastante por su forma de las disposiciones que sobre asuntos idénticos aceptan no pocos códigos civiles, el italiano (arts. 433, 434 y 435) y el portugués, por ejemplo.

En efecto, nuestro Código civil distingue, como hemos visto, los bienes, considerados ya en el patrimonio de las personas (individuales ó físicas, y colectivas ó jurídicas), según que están sometidos á condiciones y solemnidades especiales por razón de las leyes y en virtud de la posición en que las personas mismas se encuentran ante el Estado nacional: tales son los bienes patrimoniales de este Estado nacional, de las provincias y de los municipios, ó según que están sometidos sólo á las disposiciones generales del Código civil: tales son los bienes á que el art. 345 alude.

En cambio el código italiano distingue, refiriéndose á estos últimos, aquellos bienes que pertenecen á las corporaciones ó establecimientos civiles ó eclesiásticos, de los que pertenecen á los particulares, independientemente, por supuesto, de los patrimoniales del Estado, provincias y municipios.

No es fácil decidir cuál de los criterios es el mejor; pero teniendo en cuenta que los motivos á que obedece el Código civil español para poner los bienes patrimoniales del Estado, de las provincias y de los pueblos aparte, parecen ser las condiciones legales especiales á que los mismos se encuentran sometidos en lo relativo á su goce y disposición por las personas á que pertenecen, nada ilógico sería que se distinguiese aquí también la diversa condición de los bienes de personas jurídicas ó colectivas y los de las personas individuales ó físicas, en lo referente también al goce y disposición de dichos bienes por la personas citadas.

Por otra parte, quizá era este lugar oportuno para aludir el Código á la diferente situación jurídica de los bienes en su goce colectivo, de que tantos restos quedan aún hoy en nuestros municipios rurales sobre todo.

Pero, sea de esto lo que quiera, lo cierto es que nuestro Código, después de señalar los bienes de propiedad privada de las personas políticas ó sociedades totales y universales, en un mismo artículo define el carácter de propiedad privada que corresponde á todos los demás bienes pertenecientes á los particulares, individual ó colectivamente, quedando, por tanto, sometidos en su adquisición, en las modificaciones, limitaciones, etc., etc., de su propiedad, á las disposiciones del derecho común, según el estado jurídico que en España se origina del Código civil.

Ciertamente, esto no quiere decir que se olvide por el Código civil la diferente naturaleza de la persona individual ó física, y la de las colectivas ó jurídicas. Baste recordar lo que el mismo Código dispone en el art. 35, al definir estas últimas como corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, y como asociaciones de interés particular, civiles, mercantiles ó industriales, con personalidad distinta de la de cada uno de los asociados; lo que dispone también en el art. 37, tocante á la capacidad civil de las corporaciones, asociaciones y fundaciones, y por último, lo que dispone en el art. 38, con respecto á la facultad reconocida en la persona jurídica para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como para contraer toda clase de obligaciones y ejercitar acciones civiles ó criminales, conforme á las leyes y reglas de su constitución. Este mismo artículo señala la excepción á que alude el código italiano, relativa á que la Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades, y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales.

Disposiciones comunes á los tres capítulos anteriores.

ARTICULO 346

Cuando, por disposición de la ley, ó por declaración individual, se use la expresión de cosas ó bienes inmuebles, ó de cosas ó bienes muebles, se entenderán comprendidas en ella respectivamente los enumerados en el capítulo I y en el capítulo II.

Cuando se use tan sólo la palabra «muebles», no se entenderán comprendidos el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas ó artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, caballerías ó carruajes y sus arreos, granos, caldos y mercancías, ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar ó alhajar las habitaciones, salvo el caso en que del contexto de la ley ó de la disposición individual resulte claramente lo contrario.

ARTICULO 347

Cuando en venta, legado, donación ú otra disposición en que se haga referencia á cosas muebles ó inmuebles, se transmita su posesión ó propiedad con todo lo que en ellas se halle, no se entenderán comprendidos en la transmisión el metálico, valores, créditos y acciones cuyos documentos se hallen en la cosa transmitida, á no ser que conste claramente la voluntad de extender la transmisión á tales valores y derechos.

Antecedentes.—Conviene, sin duda, comentar los citados artículos á la vez, porque existe entre ellos íntima y natural compenetración, nacida de que responden á una idéntica necesidad, á saber: la de armonizar el sentido jurídico, definido por el Código civil en sus capítulos 1.° y 2.° del presente título, de los bienes muebles é inmuebles, con el corriente y usual que sobre todo la palabra muebles tiene, á causa en parte de la misma indefinición de la

naturaleza de los objetos que respectivamente se consideran y reputan como inmuebles y como muebles.

Responde, por lo demás, el Código con estas disposiciones á algunos antecedentes ya bastante remotos, y sobre todo á otros mucho más inmediatos, cuales son los que ofrecen los códigos como el francés, el italiano, el portugués y otros por este estilo, que se dirigen á regular relaciones civiles de sociedades de contextura análoga á la nuestra. Aparte de que consagra el Código también en los artículos que comentamos declaraciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior, suscitada por dificultades nacidas en la vida práctica; véase, si no, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1861, 27 de Mayo de 1869, y por último, la de 19 de Noviembre de 1874.

Análisis crítico.—Los arts. 346 y 347 deben considerarse por su contexto y para su aplicación, como relacionados principalmente con los arts. 334, 335, 336 y 337, y por su forma, como disposiciones encaminadas á evitar los perjuicios y las dudas que del uso de la palabra muebles sólo, sobre todo, se hace, lo mismo en las leyes que no pueden entrar en las especificaciones del Código civil, que en las decisiones individuales, que no siempre podrán tener presentes los distingos que la aplicación de los artículos citados (334 y siguientes) exige para emplear con todo el rigor y exactitud necesarias las palabras de que se trata.

Analizando el texto legal, se observará que pueden según él distinguirse tres casos principales, quizá no tan específicos como los que, por ejemplo, señala el código italiano en sus arts. 423 y 424, cuanda habla de *efectos muebles ó substancias muebles, muebles, mobiliario, casa amueblada, casa con todo lo que en ella se encuentra,* ó el código francés, en sus arts. 533 y 536, cuando define las palabras *muebles, muebles de menaje, mobiliario, efectos muebles,* y las expresiones *casa amueblada* ó *casa con todo lo que en ella se halle* (1).

(1) Por cierto que Laurent advierte que el fin que el legislador se propuso al definir esa palabra, se frustró, por cuanto que han producido sus cua-

Los casos del Código civil español son los siguientes:

1.° Empleo de la frase propia legal de *cosas ó bienes muebles*, cuyo concepto se halla definido por el Código en el art. 346, en relación con los capítulos 1.° y 2.°

2.° Empleo en ley ó disposición individual de la palabra *muebles*.

3.° Uso en venta, legado, donación, etc., de las frases cosas muebles ó inmuebles, cuya posesión ó propiedad se transmite con todo lo que en ella se halle.

El primer caso no ofrece duda. Es como cuando, con arreglo al código italiano, se habla de *effetti mobile* ó *sostanza mobile*.

El segundo ofrece ya algunas dificultades, porque si bien en el art. 346 se especifica que no se deben comprender, cuando se use la palabra «muebles» tan solo, el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, etc., etc., puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de la venta, donación, etc., de un inmueble sin los muebles (mobiliario), ó de los muebles nada más de un inmueble, la duda de si se deben considerar excluídos ó incluídos, según los casos, tales ó cuales objetos de valor, de aprecio indudable (como cuadros ú otras cosas por el estilo). La dificultad entonces es preciso vencerla, concordando el art. 346 con lo que dispone el artículo 334, al definir los inmuebles que, no siéndolo por naturaleza, lo son por su situación ó destino.

Otra dificultad puede presentarse respecto de algunas de las cosas excluídas de la acepción de «muebles», cuando se emplee sólo esta palabra, y sin embargo, hay motivos para suponer que se les conceptúa dentro de la misma, por las circunstancias especiales del contrato ó actos jurídicos de transmisión. Puede ello ocurrir, sobre todo, con los libros, armas, colecciones científicas, caballerías ó carruajes y sus arreos, por ejemplo, en un arriendo, en una donación, etc. Nuestro Código civil, con la declaración de que lo dispuesto en el art. 346 es siempre «salvo el caso en que del contexto

---

tro articulos más vacilaciones (y procesos por consiguiente) que todas las demás disposiciones del mismo. Tit. 1.°, V. obra citada.

de la ley ó de la disposición individual resulte claramente lo contrario», deja bien abierta la puerta á la interpretación prudente de los tribunales, á fin de que no resulte un conflicto entre la voluntad individual que debe ser la ley en estos asuntos, y la declaración del Código civil.

El tercer caso, en rigor el del art. 347, no ofrece dificultad alguna. El Código civil declara que cuando en venta, legado, donación ú otra disposición en que se haga referencia á cosas muebles ó inmuebles, se transmite su posesión ó propiedad con todo lo que en ella se halla, no se entenderán comprendidos en la transmisión *el metálico, valores, créditos y acciones* cuyos documentos se hallen en la cosa transmitida; ahora bien, no hay sino que atenerse al texto, y sólo en el caso en que *conste claramente la voluntad de extender la transmisión á tales valores y derechos,* se entenderá lo contrario de lo que el texto dice.

Lo que se puede añadir es que, al tenor del Código, no hace falta que *expresamente* se consigne en el acto de transmisión que se transmiten los valores y derechos, sino que á la prudente interpretación del tribunal queda el aprecio de si consta con claridad la voluntad de transmitirlas.

La utilidad de la aclaración de estos artículos es evidente, evitando los abusos á que daban lugar ciertas cláusulas en los testamentos y la interpretación á que se prestaban: así era general hacer legado ó determinar una casa como parte de la legítima ó mejora «con cuanto hubiese de puertas adentro» (cláusula que hemos visto en un testamento de este año) creyéndose heredero el así instituído de cuantas alhajas, metálico ó valores hubiese dentro de la casa, sucediendo con frecuencia que importaban con creces más los efectos mobiliarios que los bienes inmuebles.

Una duda se nos ha consultado no ha mucho tiempo, con motivo del art. 347. El art. 346 comprende, bajo la palabra muebles, el *dinero*, los *créditos*, *efectos de comercio*, *valores*, *alhajas*, *colecciones científicas, libros*, *medallas*, *armas*, *ropas de vestir*, *caballerías* ó *carruajes y sus arreos, granos*, *caldos y mercancías*, etc.; el 347 sólo excluye de la palabra muebles, cuando se trate de

venta, legados, donación, etc., el metálico, valores, créditos y acciones, cuyos valores se hallen en la cosa transmitida; de aquí que en las cláusulas que hemos dicho se ponen por regla general, se encuentran incluídos todos los demás valores que indica el art. 346, y por lo tanto tendremos las mismas corruptelas, los mismos defectos y los mismos abusos que antes del Código. En la práctica hemos tenido ocasión, después de publicado el Código, de observar los abusos á que esto da lugar, especialmente en los pueblos rurales, donde por desgracia los testamentos se otorgan todavía con ciertos modelos que no indican un gran estudio del Código ni gran precisión en las cláusulas. La jurisprudencia anterior al Código había procurado explicar el alcance que los testadores querían dar á las palabras *muebles* y ropas de casa, por las sentencias de 27 de Mayo de 1869, 19 de Noviembre de 1874, 20 de Abril de 1863 y 9 de Marzo de 1886, deduciéndose de las mismas que, bajo la palabra mueble, no se entendían los valores, créditos, dinero y cosa equivalente, mientras que de un modo explícito no lo declarara el testador: esto no obstante, seguía entendiéndose de distinto modo por la generalidad, y para llegar á esa interpretación era preciso un pleito.

TÍTULO II

DE LA PROPIEDAD

Es verdaderamente difícil la tarea del comentarista que ante una institución jurídica como la Propiedad, quiera sintetizar en breves términos lo que la consideración previa, unitaria, del contenido de este título exige, si no ha de abandonar ninguno de los aspectos fundamentales del problema capital complejísimo que la propiedad entraña.

En efecto, abarca la noción de propiedad, comprendida ó supuesta, en el Código civil, nada menos que la organización jurídica del orden económico de la vida humana. Es la propiedad, en cuanto *hecho,* una relación económica, la relación económica por excelencia, é implica como relación humana un sistema ó conjunto de condiciones cuya ordenación adecuada constituye el derecho especial (derecho de propiedad) de esa relación. Pero ¡qué de formas más variadas no ha revestido en el concepto de los sistemas filosóficos la noción de la propiedad y de su derecho! ¡Qué de formas más variadas, y radicalmente distintas, no ha revestido la propiedad misma como hecho á través de la historia! ¡Y qué de problemas dificilísimos y complejos no supone el completo desarrollo de la institución, tanto en sí misma, en la determinación de su contenido, en la definición de su sujeto, como en el riquísimo sistema de sus relaciones y aspectos!

Locura sería por nuestra parte intentar siquiera, con ocasión de estas consideraciones previas sobre la propiedad, según aparece en el Código civil, definida y regulada en el respecto jurídico, ex-

poner una teoría completa de la misma, ni menos una historia de sus transformaciones. Sólo procuraremos esbozar escuetamente, sin entrar en largos razonamientos ni en detenidas exposiciones, un como cuadro general del problema todo de la propiedad en los diferentes capítulos que su conocimiento enciclopédico supone.

I

Idea general é histórica de la propiedad.

Hay que partir, para poder formar cabal idea de la importancia de la propiedad, como relación económica y como relación jurídica, de esta afirmación capital: la propiedad es una condición fundamental y esencial de la vida humana, en cuanto implica aquella relación íntima que constantemente y de un modo necesario mantiene el hombre con la naturaleza, para obtener de ella por la aplicación racional de la actividad (trabajo) los aprovechamientos y utilidades de que es susceptible. Entiéndase bien: trátase aquí de la propiedad que como tal se conceptúa en el uso corriente, vulgar y aun científico, esto es, de la propiedad económica que tiene su aspecto jurídico.

Esta afirmación, respecto de la relación en que la propiedad consiste, deducida de la naturaleza psíquica y fisiológica del hombre, tiene importantes consecuencias, ante todo para la solución de su problema histórico. La propiedad, en efecto, es de todos los tiempos, porque consiste en una relación esencial y necesaria. El hombre sin propiedad no se le puede concebir. Además, como la propiedad implica sólo la relación económica, relación que entraña todos los modos que la humana inteligencia puede inventar para obtener de la naturaleza los aprovechamientos y utilidades, de ahí que sus formas sean variadísimas; de ahí lo utópico é infundado de los esfuerzos intelectuales y hasta legislativos para reducir á una forma única la propiedad.

Las dos consecuencias anotadas de la primera afirmación fundamental determinan la dirección de la investigación histórica de

la propiedad para resolver los problemas de su origen, de su causa, de su forma, de sus cambios y transformaciones; es decir, los problemas acerca de los cuales tantos hermosos libros debemos á los Spencer (1), Laveleye (2), Letourneau (3), D'Aguanno (4), Fustel de Coulanges (5), Sumner Maine (6), Tarde (7), etc., etc., y entre nosotros, á los Cárdenas (8), Azcárate (9) y Altamira (10).

No sería posible en los límites de estas consideraciones preliminares exponer las opuestas conclusiones á que se ha llegado por los autores citados, respecto de los problemas históricos de la propiedad. Sabido es cuánto se ha debatido acerca de si la propiedad se ha de considerar como un hecho primitívo, olvidando sin duda muchas veces al plantear el problema lo que acabamos de advertir, esto es, que la propiedad es un hecho absolutamente necesario donde quiera que el hombre se encuentre, y aun más olvidando una de las conclusiones más interesantes que puede sugerir el moderno evolucionismo al comparar la vida animal y la vida humana, y al ofrecernos en la primera, si no el hecho mismo de la propiedad, porque ésta implica una relación inteligente y racional, al menos hechos análogos de apropiación, de obtención de utilidades por la aplicación más ó menos habilidosa del esfuerzo individual.

También es conocido de todas las personas cultas el debate interesantísimo acerca de la forma primitiva de la propiedad. Las opiniones en este punto divídense, sobre todo, respecto de si debe conceptuarse la propiedad individual anterior ó posterior á la co-

(1) *Principios de Sociología.—La Justicia.*

(2) *Le proprieté et ses formes primitives.*

(3) *L'Evolution de la proprieté.*

(4) *Génesis y evolución del derecho civil* (trad. esp. del Sr. Dorado).

(5) *Ciudad antigua.—Quelques problemes d'histoire.*

(6) *Etudes sur l'histoire du Droit.*

(7) *Transformaciones del Derecho* (traducción y notas de A. Posada).

(8) *Historia de la propiedad.*

(9) *Historia de la propiedad.*

(10) *Historia de la propiedad comunal.*

lectiva ó común. La moderna sociología evolucionista (1), y muchos escritores, que han conceptuado ciertas formas de la propiedad comunal, como el *Mir* ruso, la *Zadruga* eslava, el *Allmend* suizo ó italiano, el *Township* escocés (2), y nuestros restos de propiedad comunal en ciertas regiones españolas (3), como supervivencias de ese estado social primitivo, se inclinan en favor del origen comunal de la propiedad. Es quizá esta una opinión dominante, pero que ha sido en parte rebatida, ó más bien aclarada, por Spencer, mostrando con el ejemplo de lo que ocurre con multitud de tribus salvajes modernas muy rudimentarias, y argumentando, con el carácter especial del hombre, que la propiedad en su origen no pudo ser ni exclusivamente individual, ni exclusivamente colectiva, sino ambas cosas á la vez, porque así se desprende de las exigencias del sujeto y de las condiciones del objeto apropiado (4).

Partiendo de la solución de este gravísimo problema del origen de la propiedad, la evolución particular de semejante institución jurídica se concibe de diverso modo. Lo que, independientemente de los criterios radicales cerrados existentes para explicar las transformaciones de la propiedad, puede observarse en la historia, es la riqueza y variedad de sus formas, la dependencia en que éstas se encuentran de las transformaciones esenciales que sufre el régimen social completo, y la tendencia siempre creciente hacia una composición armónica de los tipos de organización jurídica más opuestos.

También puede observarse, como resultado histórico, que en nuestro derecho civil importa de un modo especial, la evolución

---

(1) V. obra citada de D'Aguanno.

(2) V. Laveleye y Tarde.

(3) V. Altamira.

(4) «En el origen, el derecho de propiedad fué considerado como una reivindicación válida fuera de toda agresión. Los pueblos más groseros, aquellos en los cuales la concepción de la propiedad se ha desenvuelto menos, admiten la propiedad de las armas, de los utensilios y de los ornamentos: el trabajo confiere á todos esos objetos un valor proporcional, notablemente superior al de la materia con que están formados». (Spencer, *La Justicia*, cap. 12, párrafo 55.)

particular del derecho de propiedad, en el conjunto general y bajo el influjo de las transformaciones políticas y sociales de Roma.

Porque es preciso tener en cuenta, al comentar nuestro Código civil, en esta como en la mayor parte de sus instituciones, que si bien debe referirse nuestro derecho al cuadro general del derecho humano en su desarrollo histórico, debiendo hacerse esto hoy más que nunca, por el interés con que la ciencia procura ampliar los límites de sus investigaciones, hace falta referirlo de un modo particularísimo á su filiación natural, que no es otra que la del derecho romano, que en este punto más que en ningún otro influye sobre nuestro derecho civil, siendo quizá este influjo la causa de su quietud é indiferencia relativa hacia ciertas exigencias y necesidades que el derecho romano no pudo satisfacer, porque aquel pueblo no las pudo sentir.

Realmente, los antecedentes del derecho de propiedad más directos y seguidos á que se refiere no sólo nuestro Código; sino el concepto dominante y reinante en otros códigos, según luego veremos, acerca de la propiedad, son sin duda éstos; de un modo inmediato parece que debe señalarse el código Napoleón. Su fórmula del derecho de propiedad, es la fórmula del derecho civil, cristalizado y firme en medio de las radicalísimas variantes que su concepto sufre en la ciencia y en la vida real. Pero este concepto del código Napoleón es una supervivencia enérgica y manifiesta del concepto romano á través de las formas distintas que la propiedad, como propiedad alodial, beneficiaria, censal, servil y comunal, reviste en la Edad Media (1), y venciendo la confusión que es base y fundamento del feudalismo, á saber, la confusión entre estas dos ideas: la idea de dominio territorial, y la de imperio territorial también (2).

---

(1) V. Azcárate, obra citada.

(2) V. Blunchli, *Derecho público universal.* Fustel de Conlanges, *Quelques problèmes d'histoire.* Posada, *Tratado de Derecho político.*

II

Fundamento de la propiedad.

Ciertamente aunque los códigos consagren por lo general al concepto romano, definiéndole del modo que luego veremos, el problema en sus términos generales, queda en pie para las escuelas. Ahora bien: la interpretación adecuada del sentido jurídico de las disposiciones del derecho civil positivo, exige que algo se diga acerca del fundamento racional del hecho de la propiedad, que explique y condicione las formas temporales de su derecho. Porque, naturalmente, para que un código bien ó mal en su contexto consagre periódicamente una relacíón, preciso es que ésta arranque de fundamentos que plenamente la legitimen.

Se ha pretendido que la propiedad, es decir, este hecho de usar y gozar de los medios materiales con tales ó cuales límites, encuentra su justificación: 1.°, en la ocupación; 2.°, en la ley ó en el pacto social de que la vida civil se origina; 3.°, en el trabajo. Es preciso convenir en que en todas estas pretendidas justificaciones hay cierta parte de verdad. La ocupación, originariamente, llevó á la propiedad; pero la propiedad no se legitimaba por la ocupación, sino por su fundamento racional, pues de otra suerte implicaría la ocupación: una de dos, ó la necesidad de la ocupación material de la cosa, en cuyo caso, su acción sería ineficaz ó limitadísima para originar, y sobre todo, mantener el derecho; ó bien el absurdo de que un individuo podía ocupar (figuradamente), el primero un vastísimo territorio, hasta un continente y retenerlo en calidad de dueño. Esto aparte de que no sería fácil explicar la propiedad en un país ya civilizado, como Europa, donde todo está ocupado sin que se pueda saber el primer ocupante. Ven, sin duda, los que dan como fundamento de la propiedad el contrato, el hecho de la importancia de la voluntad en la relación de propiedad; pero ¿cómo explicar la creación de la propiedad por el contrato, cuando éste en sí no crea nada que no sea ya antes racional, toda vez que su tarea y función propia es consagrar por medio de la voluntad los

mismos principios racionales de la vida? Los que conceptúan que la ley es quien crea la propiedad, fíjanse en la influencia que ésta ejerce en las modificaciones jurídicas de la propiedad; pero olvidan que la ley es ya una declaración del derecho hecha por la voluntad del Estado, la cual voluntad, no crea el derecho, sino que á lo sumo lo consagra por modo expreso y reflexivo.

La propiedad, sin duda, tiene su fundamento en la finalidad racional humana, que exige, si ha de ser plenamente cumplida, la aplicación reflexiva de la actividad libre para obtener de la naturaleza todas las utilidades de que ésta es susceptible. Siendo el derecho de propiedad la ordenación adecuada de la relación que se establece entre el ser racional y la naturaleza, y por razón de esta relación, con todos los seres racionales, de ahí que comprenda este derecho las disposiciones relativas, bien al sujeto, bien al objeto, bien á la relación misma, bien, por último, al sistema de condiciones en que cada relación de propiedad, cada sujeto y cada objeto han de desenvolverse en la vida humana.

CAPÍTULO PRIMERO

De la propiedad en general.

Acepciones de la propiedad.—No es completamente de la propiedad en general de lo que habla el capítulo primero de este título del libro 2.º del Código. Realmente la propiedad en general es uno de los momentos fundamentales de toda relación jurídica. Como dicen los Sres. Giner y Calderón «la propiedad se puede considerar como un estado general de toda relación jurídica, estado constituído por la unión en el sujeto, de la posesión y el uso de toda condición, cuyo aprovechamiento tiene carácter permanente» (1). Por otra parte, como advierte el Sr. Azcárate, «la *propiedad* se toma en dos sentidos: uno genérico y otro específico. Según aquél, abarca todo género de relaciones referentes á los bienes económicos, y por lo

(1) Obra citada, pág. 279.

mismo comprende así el estricto derecho de propiedad como el de obligaciones; conforme al segundo, abraza tan sólo las relaciones referentes á un objeto sometido de una manera más ó menos absoluta y exclusiva á nuestro poder, y en tal caso se considera como equivalente á *dominio*» (1), hasta el punto de que Domolombe (2) y Aubry y Rau (3), consideran como sinónimos el término *propiedad* tomado en su sentido estricto y el de *dominio*. Por lo general, cuando se emplea la palabra *propiedad* en los códigos civiles y cuando se habla de la propiedad en las relaciones ordinarias, jurídicas de la vida, propiedad implica *derecho de propiedad*, y se entiende por éste, como dice el mismo Sr. Azcárate, el *dominio*, esto es, la relación jurídica en sí y el conjunto de relaciones particulares ó derechos que la integran.

La propiedad en los Códigos.—Veamos si no el concepto que de la relación jurídica de la propiedad tienen algunos códigos modernos. El de Napoleón dice en su art. 540: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes y por los reglamentos.» El italiano copia literalmente este artículo en el 436. El ruso en su art. 420 define la propiedad diciendo que «es el derecho perpetuo, exclusivo y transmisible de poseer una cosa y de gozar y disponer de ella.» El de Argovia, art. 452, llama al derecho de propiedad «facultad de disponer de una cosa con exclusión de otra persona.» El de Berna, art. 377, dice: «propiedad es derecho de disponer arbitraria y exclusivamente de la sustancia y de los frutos de una cosa ajustándose á las leyes.»

Como se ve, estos códigos se contraen y definen la propiedad como derecho. Por su parte el de Portugal empieza, ante todo, por incluir entre los derechos originarios (art. 359) el de apropiación, que consiste, según el art. 366, «en la facultad de adquirir todo lo que sea conveniente á la conservación de la existencia y al man-

(1) Azcárate, obra citada, pág. 25 del tomo 3.º

(2) *Cours de code civil*, párrafo 540.

(3) *Cours de droit civil française*, párrafo 190.

tenimiento y mejora de la propia condición»; derecho este que objetivamente constituye la propiedad, y el cual, como tal derecho, consiste en «la facultad que el hombre tiene de aplicar á la conservación de la existencia y al mejoramiento de la condición todo cuanto para su fin ha adquirido de un modo legítimo, y de que, por tanto, puede disponer libremente» (art. 2167).

Según antes decíamos, y ahora con la prueba por delante volvemos á repetir, el concepto de la propiedad reinante en los códigos europeos, tanto en los citados como en otros, y según luego veremos en el español, es el romano. En todos va, en efecto, implícita el *jus utendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur: unusquisque enim est rerum suarum moderator et arbiter, nisi lex arbitrium tollat,* ó bien según decían los jurisconsultos romanos: «derecho constituído en cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer libremente de ella, percibir sus frutos y vindicarla, á no ser que se opongan la ley, la convención ó la voluntad del testador», ó bien, por fin, según dicen las Partidas, *señorío ó poder que ome ha en su cosa de facer de ella, é en ella lo que quisiere segun Dios, é segun fuero.* (Ley 1.ª, tít. 28, Partida 3.ª)

Al contraerse el Código civil español respecto á la propiedad, como muchos otros, al derecho de propiedad, considerado como dominio, compréndese en este capítulo primero, con el carácter de consideración general de la misma, según vamos á ver, la determinación fundamental jurídica de la noción (art. 348), con la facultad que implica (reivindicación) y que revela lo característico de la propiedad, según el criterio romano: el dominio, y luego la definición de su respetabilidad social, como derecho que es la propiedad, de la personalidad, su extensión y sus limitaciones, si bien en este punto refiriéndose á relaciones de propiedad particular.

Y pasemos ya á examinar el articulado.

ARTICULO 348

La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

Después de las consideraciones hechas acerca de la filiación histórico-jurídica del concepto que se implanta en este artículo, nos limitaremos á consignar como consecuencia de ellas y en vista de él: 1.º, que el Código civil español define el derecho de propiedad, no el hecho racional de la relación económica que la propiedad supone; 2.º, que el concepto del Código, análogo al de muchos otros códigos europeos, es el de derecho romano; 3.º, que el derecho de propiedad definido por el Código, especialmente teniendo en cuenta el segundo párrafo del art. 348, es el de dominio; 4.º, que considerado el concepto desde el punto de vista general de la filosofía del derecho, el derecho de propiedad es un derecho fundamental de la personalidad, el cual encuentra su límite en el interés de la personalidad misma.

Pasemos al análisis del artículo.

Reflejo su texto y concepto del derecho romano, consagra un derecho de propiedad absoluto y exclusivo, que el mismo Código atiende ya á limitar *a priori* al imponer á ciertos derechos, que el de la propiedad supone, la condición de que han de ejercerse según lo establecido por las leyes, circunstancia ésta que recuerda la del *jus utendi et abutendi re sua* QUATENUS JURIS RATIO PATITUR, aparte de que alude á las condiciones en que el derecho de propiedad se produce, por virtud, bien de sus desmembraciones, bien de otras instituciones (servidumbres, por ejemplo), bien del criterio que se aplica á la idea de disponer libremente de una cosa, bien de la preferencia social dada á otros intereses.

Por otra parte, el Código parece consagrar una propiedad *individual*, prescindiendo acaso de otras formas de propiedad, y de las relaciones individuales de propiedad también (la comunal), en que no teniendo el individuo el derecho de gozar y disponer como el Código dice, es, sin embargo, verdadero propietario.

Pero dejemos esto á un lado; ateniéndonos al texto literal del art. 348, el derecho de propiedad es un derecho real, que entraña:

1.°, el derecho de gozar 2.°, el derecho de disponer, y 3.°, el derecho de reivindicar la cosa.

Es un *derecho real*, el de propiedad, sobre la cosa, porque representa el vínculo jurídico que une la cosa á su propietario, y porque se ejercita sobre la cosa, frente ó contra cualquier otra persona. Así yo puedo obrar directamente sobre mi cosa, reclamarla, aun cuando no la posea, exigir de todos la garantía de mi derecho; por lo que el vinculo que une la cosa á su propietario subsiste siempre, no se destruye, ni se modifica por el solo hecho de que otro la posea, antes bien pide que la cosa vuelva á su propietario. No quiere esto decir, como algunos creen, que el derecho real establezca una relación jurídica directa y exclusivamente entre una cosa y una persona, á diferencia del derecho personal que establece la relación entre dos personas. No; en el uno como en el otro, hay siempre uno que exige (ser de pretensiones) un objeto (la cosa en la relación de propiedad) y un obligado (ser de prestaciones); pero en el derecho real de propiedad, la relación jurídica se establece entre el propietario (ser de pretensiones) y todas las personas (seres de obligación) que intenten por cualquier acto algo sobre la cosa (objeto de la relación). El centro de gravedad cierto aquí, es la cosa misma, que al caer dentro de la esfera de acción del propietario (sea quien fuere) determina respecto de terceros la obligación de someterse á la ley de la propiedad. En cambio el derecho personal constituye un vínculo que une á una persona en fuerza de una obligación determinada (un servicio, objeto de la relación jurídica) á otra persona, siendo aquélla la única contra quien puede ésta acudir ejercitando su acción.

Debemos examinar ahora los derechos que taxativamente señala el art. 348, como constitutivos del derecho real de propiedad. Tenemos en primer término, como ya hemos dicho, el de *gozar*, el cual ciertamente no consiste sólo en el derecho de percibir las rentas ó frutos, el lucro, en suma, que de la cosa se derive, sino en el de usar y servirse de la misma según su destino natural, y además, en el de hacer servir á la cosa á las propias necesidades, á los propios placeres, y aun dentro de la letra y espíritu de la ley,

á los personales caprichos. Este derecho es además *exclusivo*, en cuanto implica, no sólo el goce personal de la cosa, sino el impedir que cualquier otro pueda gozar de ello. El derecho de *exclusión* puede considerarse como la práctica consagración del de goce, y como la manifestación indudable del de propiedad, especialmente de esta propiedad *entera* á que el Código alude.

Pero según hemos indicado, el derecho de gozar, no es por sí la propiedad, á no dar un amplio sentido al goce, que implique el otro derecho que después de todo lo completa. En efecto, al goce de la cosa en los términos señalados, hay que añadir el derecho de *disponer* de ella, en virtud del cual el propietario no sólo puede *servirse* de la cosa según le agrade, sino que también puede privarse de la misma, ya cediéndola á título gratuito á otro, ya transformando su valor representativo, por cesión de la misma á título oneroso, ya destruyéndola (en ciertas condiciones), ya, en fin, abandonándola.

Los derechos absolutos de gozar y disponer, á pesar de lo fundamentales que son para constituir el de propiedad, y de que no se concibe propiedad sin ellos, es preciso considerarlos siempre en el organismo general de las relaciones jurídicas humanas, que no permiten, por razón del derecho mismo, que ninguno de los derechos de la persona pueda conceptuarse como el derecho único supremo, sino que exige que cada cual tenga en sí mismo su propio límite determinado exteriormente á veces por el derecho de los demás. Por de pronto nos encontramos con que los derechos de gozar y de disponer de la cosa propia no deben ejercitarse contra derecho (abuso) y *socialmente* no pueden ejercitarse más que hasta donde no se oponga un derecho, que puede ser un derecho público ó un derecho privado. Así lo reconoce la jurisprudencia repetida del Tribunal Supremo (1) y se desprende explícitamente del mis-

(1) V. sentencias del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1855, 3 de Diciembre de 1857, 13 de Diciembre de 1865, 25 de Febrero y 10 de Mayo de 1869 y 6 de Febrero de 1878. El principio sentado por la jurisprudencia es, según el Sr. Sánchez Román (obra citada, tomo 3.º, pág. 127), el de que la fa-

mo capítulo que comentamos y de otras muchas instituciones de derecho civil.

En efecto, el derecho de propiedad, en su goce y disposición se halla limitado: 1.º, por razones generales de ornato, salubridad pública, en general en virtud de las disposiciones reglamentarias de policía urbana y rural; 2.º, por virtud del principio legislativo de la expropiación por causa de utilidad pública, al tenor de lo que dispone el art. 349 del mismo Código; 3.º, por la concurrencia de ciertos aprovechamientos posibles, limitación que consagra el artículo 350, aludiendo á la distinción entre el suelo y el subsuelo, y el 351 hablando del descubrimiento del tesoro; 4.º, por la concurrencia del derecho de un tercero, particular, que si puede permitir y debe sufrir la consecuencia del uso de la propiedad, no debe estar obligado á sufrir los del abuso de la misma; 5.º, por limitaciones nacidas de disposición legal, herencia en persona legítima, servidumbres legales, prescripción, etc.; 6.º, por limitaciones nacidas del contrato, servidumbres, censos, prendas, hipotecas, retractos, retroventa, usufructo, uso, etc., ó de un testamento.

El segundo párrafo del art. 348 declara el tercer derecho de los que constituyen el de propiedad y que en rigor implica lo característico de la propiedad verdaderamente tal, esto es, que supone el dominio (concepto romano). Me refiero al derecho de reivindicar la cosa, que es nuestra á consecuencia del derecho *real* que sobre ella tenemos.

Consiste el derecho de reivindicar en la acción (real) por virtud de la cual el verdadero propietario de la cosa puede dirigirse contra cualquier tenedor ó poseedor y excluirlos de la propiedad y goce de la misma, haciendo que se la restituya con sus frutos, accesorios y abono de menoscabos. Es la acción real plena y completa que corresponde al propietario cuando reclama la cosa, sin restricciones ni distingos: por esta razón se diferencia de otras ac-

---

cultad del dueño de la cosa de hacer de ella y en ella lo que quiera, no es tan absoluta que pueda obrar contra derecho ni con ofensa de los de un tercero.

ciones que corresponden al propietario, pero mediante las cuales éste no *reivindica la cosa*, sino alguno de los derechos que el ejercicio del de propiedad puede implicar. Tales acciones, unas corresponden sólo al propietario como tal, otras las tiene el propietario, pero no le son características, pues las tiene también el poseedor. Estas últimas son los *interdictos* de retener ó recobrar la posesión de obra nueva y obra ruinosa, y la acción *aquæ pluviæ arcendæ*, concedida al dueño ó poseedor de una cosa contra el dueño ó poseedor de otra, para evitar los perjuicios que la primera sufre por la variación del curso natural que en la segunda se haga de las aguas pluviales, ó por medio del estancamiento de las mismas.

Las otras acciones emanadas del dominio son la *rescisoria*, la *negatoria*, la *ad exhibendum*, la *publiciana*. Todas estas acciones implican el dominio, pues corresponden al propietario, que ha de serlo para ejercitarlas; pero ninguna reclama el *dominio* mismo (que es objeto de la *reivindicatoria*), sino que unas veces se trata de contener los efectos de la prescripción *(rescisoria)*, otras de libertar la cosa de una servidumbre no debida, pidiendo indemnización y apercibimiento para el perturbador á fin de que se abstenga en lo sucesivo *(negatoria)*, otras se encamina la acción á preparar las demás para obtener la certeza del título *(ad exhibendum)*, otras, en fin, de hacer firme un derecho mejor fundado en justo título con el objeto de que el poseedor restituya la cosa con sus frutos, accesiones y abono de menoscabos *(publiciana)*.

La acción de reivindicar, decíamos, es más amplia: reclama por ella el propietario su cosa de quien la tenga ó posea. De ahí que el ejercicio de esta acción entraña muy complejos requisitos y exigencias. Por de pronto, como sólo se concede al propietario tal de la cosa para que éste pueda ejercitarla, es preciso que demuestre que lo es; sólo cambia este deber de probar cuando el demandado arguya, no contra el título del demandante, sino invocando título posterior que debe probar.

Ahora bien: y ¿qué es lo que el propietario debe producir y demostrar como tal para que prospere su acción? Lo siguiente en tésis general:

1.° Debe señalar bien, definir, identificar la cosa que trata de reivindicar.

2.° Debe presentar el *título* justo de dominio y probar éste.

Son estas dos obligaciones fundamentales, consagradas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; pero la realización de esta última entraña una gran complejidad de casos, tanto para determinar el título, como para regular el desarrollo y resultado de la acción, que es preciso resolver teniendo en cuenta la misma jurisprudencia del Supremo Tribunal, la ley de Enjuiciamiento civil y la ley Hipotecaria.

He aquí en breves términos la indicación de las más importantes dificultades que la reivindicación puede ofrecer por razón del título y de la posición del reivindicante y del tenedor ó poseedor.

En primer término, ¿qué es título suficiente para reivindicar? El legítimo de dominio que sea cierto sobre las cosas que son objeto de la reivindicación (1). En el caso en que este título faltase puede suplirse por la prueba de la posesión inmemorial (2). Para que pueda prosperar la reivindicación fundada en el título de dominio es preciso, al tenor del art. 396 de la ley Hipotecaria, que se halle inscrito en el Registro de la propiedad; naturalmente tratándose de inmuebles.

No con esto queremos indicar que sin la previa inscripción el propietario no pueda hacer uso de la acción reivindicatoria.

Como quiera que la ley Hipotecaria es ley de justicia, y que, como más adelante expresamos, la inscripción del Registro de la propiedad no es título de derecho, de aquí que el derecho de propiedad no le da ni le reconoce, como sucede en otras legislaciones, la inscripción, sino el acto ó contrato; esto es, que no afectando para nada la ley Hipotecaria, en lo que se refiere á los contratantes, sino con relación á un tercero, las relaciones jurídicas que nacen

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 1872.

(2) Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 1866 y 4 de Marzo de 1867.

del contrato entre las partes, no adquieren validez del acto de la inscripción; y por lo tanto, no habiendo inscrito el adquirente de un predio, por ejemplo, por compra, en el Registro, si este predio no aparece inscrito á nombre de un tercero, puede entablarse la acción reivindicatoria. Corrobora esta doctrina el precepto del art. 23 de dicha ley, disponiendo que los títulos mencionados en los artículos 2.° y 5.° de la ley Hipotecaria que no estén inscritos, no podrán perjudicar á tercero, y el art. 33, que preceptúa que los actos ó contratos nulos no se convalidan por la inscripción.

Si alguna duda existiera acerca de lo indicado, la encontraríamos desvanecida en la exposición de motivos que precede á la ley Hipotecaria, donde con gran claridad la Comisión de Códigos, expresa que «no ha creído que, con arreglo á los principios de justicia, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción, deba ser de condición mejor el que burlando su solemne compromiso se niega á cumplir el contrato celebrado ó pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma y faltando á la buena fe, á la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador fortalecerla en cuanto alcance.»

No queda, por lo tanto, duda alguna que puede entablarse la acción reivindicatoria por el que tenga derecho á ello sin la inscripción, siempre que no se trate de un tercero.

El Tribunal Supremo ha sancionado esta doctrina en varias de sus sentencias, entre las que podemos citar la de 17 de Enero de 1872, en la que se dice que no es suficiente el título de heredero, justificándose que las fincas se adjudicaron á un tercero que las inscribió en el Registro, así como también la de 23 de Noviembre de 1875, que se refiere á la adjudicación judicial de una finca.

¿Puede en el Registro ser objeto de inscripción la cesión de acciones reivindicatorias? No creemos sea inoportuno el tratar, aunque á la ligera, esta cuestión, tan íntimamente relacionada con la propiedad. El Sr. Laserna, al comentar la ley Hipotecaria, sostenía la afirmativa; sostienen la opinión contraria, esto es, la no inscripción de dicha cesión, los Sres. Ariza y Escosura, fun-

dando su criterio en que si el dueño del inmueble lo tiene inscrito en el Registro, no necesita reivindicarlo, y si no lo tiene inscrito, no podrá inscribirse la cesión sin que previamente conste inscrito el dominio. Los Sres. Galindo y Escosura creen que anotada una demanda presentada en virtud de acción reivindicatoria, puede anotarse el traspaso de dicha acción (tomo 1.°, página 372, edic. 1880).

No entraremos hoy á especificar las reformas que el Código ha hecho, al tratarse de venta de inmuebles, no aceptando el sistema romano, esto es, la tradición del inmueble, reservándonos para los comentarios de los artículos 1462 y 1473 explanar detenidamente las cuestiones jurídicas que puedan suscitar dicho artículos.

Uno de los medios legales para justificar el dominio de bienes raíces es la información posesoria, hecha para su inscripción en el Registro de la propiedad, mientras no se presente otra más robusta en contra (1). No prosperará la acción reivindicatoria fundada en título de documento público que no haya sido cotejado con su original, con citación contraria si hubiere sido impugnada expresamente su autenticidad ó exactitud por la parte á quien perjudique (2). La declaración hecha en un testamento de que una cosa pertenece al que testa, no puede constituir un título de propiedad, ni destruir la eficacia de una escritura en que resulta que la cosa pertenece á otro (3). Para que un tíuulo universal de adquirir, como la herencia, sea eficaz respecto de una cosa determinada, es preciso demostrar que ésta se halla incluída en aquélla (4).

Como la acción de reivindicar se dirige á pedir y obtener la cosa, entraña un proceso cuya condición es preciso tener en cuenta para comprender el desarrollo posible de la acción. Si la acción se dirige contra poseedor sin *título*, al reivindicante le bastará la prueba del *título de dominio*. La acción reivindicatoria se dirige

---

(1) Sentencia de 4 de Marzo de 1867.

(2) Artículo 597, núm. 1.°, de la ley de Enjuiciamiento civil.

(3) Sentencias de 5 de Febrero de 1863, 25 de Mayo de 1868 y 17 de Febrero de 1872.

(4) Sentencia de Abril de 1874.

contra el tenedor ó poseedor de la cosa que sin título ó á título inferior la ostenta (1). A fin de que prospere la acción contra poseedor con título, es preciso, si tiene el título el mismo orígen que el del reivindicante, que éste entable acción adecuada para invalidar ó destruir el título del primero; y para decidir si el reivindicante está ó no obligado á este último extremo, hay que atenerse á lo consignado en el título del demandado. En el caso de que el poseedor tuviera título de origen distinto del de reivindicante, éste se hallará obligado siempre á demostrar la superioridad ó preferencia del suyo; pero ya no hace falta entablar acción distinta, cuando por traer el título del actor origen distinto del que trae el del poseedor, no es preciso invalidarle para que el primero tenga fuerza (2). Segun esto, no es de esencia en la acción reivindicatoria pedir previamente la nulidad del título del demandado, toda vez que la acción se funde ó nazca de un derecho preexistente al título aludido. La inscripción en el Registro de la propiedad no es título de derecho por sí, sino garantía de los que revisten tal solemnidad, y debe apreciarse cuando se trata de terceros por su propia naturaleza y extensión, y no por los términos más ó menos vagos del Registro (3).

ARTICULO 349

Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización.

Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado.

Antecedentes.—Contiene este artículo una afirmación fundamen-

---

(1) Sentencia de 19 de Octubre de 1864.

(2) Sentencias de 6 de Enero de 1879, 17 de Enero de 1889 y 20 de Mayo de 1889.

(3) Sentencia de 11 de Enero de 1885.

tal del respeto jurídico debido por todos á la propiedad, y una limitación del derecho: la más importante y de mayor transcendencia jurídica entre aquellas á que alude el artículo anterior, como proviniente de las leyes. Para redactar este art. 349 nuestro Código civil, está inspirado sin duda, por lo que toca al principio mismo que contiene, en antecedentes muy significados del derecho patrio, respondiendo después de todo á ellos, y en cuanto á la idea de incluirlos en el Código, en los códigos francés, art. 545, italiano, artículo 438, que, como el de Méjico, art. 828, y el del Uruguay, declaran el principio de la expropiación forzosa, á diferencia de otros códigos que prescinden de él.

Los antecedentes de nuestro derecho, que por un lado abonan la declaración del Código, y por otro la imponen casi, son las mismas leyes de Partida (ley 2.ª, tít. 1.º, Partida 2.ª, y 31 del tít. 18, Partida 3.ª), la ley de 17 de Julio de 1836, los preceptos constitucionales, especialmente el art. 10 de la Constitución de 1876, y la ley de *Expropiación forzosa* de 10 de Enero de 1879 y Reglamento para su ejecución de 13 de Junio del mismo año, con más otro Reglamento especial de 10 de Marzo de 1881, relativo al ramo de guerra.

Fundamento.—Antes de establecer la necesaria concordancia entre el art. 349 y estos antecedentes, conviene que digamos brevísimas palabras acerca del fundamento racional del precepto en él contenido.

El debate se ha planteado generalmente desde el punto de vista de la limitación que hay derecho á imponer á la libertad individual, y aun como resultado de ciertas consecuencias encontradas de los criterios individualista y socialista relativos al derecho de propiedad. Naturalmente, concebida la propiedad como un derecho absoluto ilimitable, parece que no hay razón que justifique la expropiación forzosa: toma ésta, dígase lo que se quiera, un viso de despojo; pero si se considera la propiedad primero en sí misma y se ve que el goce y disposición de nuestras cosas no implica que podamos ser obstáculo insuperable al cumplimiento de los fines racionales que exige la transformación y aplicación de sus medios y luego se la

considera como función social y en el juego de las relaciones humanas, entonces la cosa varía y se vislumbra inmediatamente el fundamento de la expropiación por causa de utilidad pública, que por lo demás no implica despojo, sino cambio de forma en los medios de goce del expropiado. Para concebir claramente el fundamento á que nos referimos, es preciso elevarse prudentemente á la consideración del derecho que tenemos á usar de los aprovechamientos y utilidades naturales, pero sin que este aprovechamiento suponga nuestra facultad de oponernos decididamente al progreso humano y á la realización de las grandes empresas que lo hacen posibles. Después de todo, la propiedad individual no puede reputarse independiente y sustantiva, sino garantida por la sociedad, á quien el hombre debe que la propiedad sea posible, útil y tenga el valor de aprecio que alcanza.

Concordancias y explicación.—Volviendo á los antecedentes del precepto legal que comentamos, importan sobre todo: 1.°, la declaración constitucional, y 2.°, la ley de 1879 y los reglamentos de 1879 y 1881.

La declaración constitucional, es como sigue: «Art. 10. No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediese este requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado.» Según se puede ver, el texto del Código civil copia el artículo de la Constitución al pie de la letra, prescindiendo del primer extremo relativo á la confiscación, y sin duda prescinde de esta declaración, porque realmente la Constitución, como código político, previene y está llamada á prevenir las intrusiones del poder público. El que tal cosa se diga por la Constitución responde al carácter que las *declaraciones de derechos* tuvieron siempre como parte dogmática de los códigos políticos, partes que contienen limitaciones al poder constituído oficialmente (1).

(1) Sobre este significado de las declaraciones de Derecho, véase Janer

La ley de 10 de Enero de 1879 y reglamento son las disposiciones especiales, que deben tenerse en cuenta para aplicar el art. 349 del Código. Debe advertirse que, en el concepto general, esa ley y su reglamento se reputan completamente administrativos; pero aunque esto sea, la redacción del art. 349 exige la aclaración de algunas cuestiones que brevemente vamos á examinar.

En el primer párrafo, vemos que la expropiación ha de hacerse: 1.°, por causa de utilidad pública; 2.°, por autoridad competente, y 3.°, previa siempre la correspondiente indemnización.

La utilidad pública, ¿por quién y cómo se declara que una obra es de utilidad pública? Es este uno de los puntos más capitales de la aplicación del principio de la expropiación, y cuyo desenvolvimiento constituye el *primer* período en el procedimiento jurídico-administrativo para efectuarlo.

En primer término, la calidad de la obra pública se infiere de la definición misma de la ley, y luego la declaración de cada obra en particular corresponde: 1.°, al poder legislativo si la obra ha de ser costeada en todo ó en parte con fondos del Estado, ó cuando á juicio del Gobierno así deba hacerse; 2.°, al Gobierno por el Ministro respectivo si interesa la obra á varias provincias, ó haya de ser costeada ó auxiliada con fondos generales, cuya distribución esté previamente autorizada por la ley, y 3.°, al Gobernador oyendo á la Diputación ó al Ayuntamiento en los demás casos. De esta declaración expresa están exceptuadas aquellas obras de interés general, provincial ó local que la llevan en sí mismas, como carreteras, ferrocarriles, puertos, obras de policía urbana, etc.

Pero la declaración de utilidad pública no lleva desde luego en sí la necesidad de la expropiación de un inmueble determinado. Una calle puede ir por varios sitios, un edificio puede construirse en diferentes lugares, etc. Ahora bien: el dueño del inmueble puede discutir, no la utilidad de la obra, pero sí la necesidad de que lo ocupen, y esto constituye el *segundo* período del expediente de

---

(Pablo) *L'histoire de la science politique*, y Posada (Adolfo), *Tratado de Derecho político*, tomo 2.°, cap. 1.°, lib. 1.°

expropiación, cuyos trámites pueden verse en la ley y reglamento citados.

Declarada la necesidad de la ocupación del inmueble, procede la indemnización; mas ¿cómo se estipula ésta? Por la autoridad competente administrativa y mediante el justiprecio (*tercer* período del expediente), al cual se llega después de haber medido el terreno y consignado los datos suficientes, debiendo añadirse al precio que se calcule justo un 3 por 100 como precio de afección, y debiendo tener en cuenta, de conformidad con declaraciones del Tribunal Supremo, que han de indemnizarse al expropiado, además del valor de la finca, el de los daños y perjuicios que se causen.

En el justiprecio hay dos casos: 1.°, conformidad del interesado y aceptación lisa y llana de lo justipreciado; 2.°, oposición del interesado, que abre un expediente especial para debatir el precio, y que tiene diversos trámites hasta agotar la vía gubernativa, en cuyo caso queda expedita la vía contenciosa.

Por último, tenemos el *cuarto* período, relativo á la forma de hacer el pago, y la posibilidad de que el particular readquiere la finca toda si no se ejecutan las obras, ó parte si no se hubiere ocupado la finca entera. Además deben consultarse las disposiciones especiales relativas á la reforma de las poblaciones y al ramo de guerra.

El último párrafo del art. 349 establece, de conformidad con la Constitución, la garantía contra una posible expropiación abusiva y anormal. Este párrafo debe concordarse para su aplicación con el art. 4.° de la ley de 1879, en el cual se declara que el interesado víctima presunto ó actual del despojo, pueda utilizar el interdicto de retener, si se trata de amparar la posesión aun no perturbada, y el de recobrar, si se trata de posesión cuyo despojo se ha realizado por la Administración. Igualmente debe concordarse con el art. 223 del Código penal.

Por último, al tenor literal del art. 349, la expropiación debe entenderse lo mismo de la cosa que de los derechos susceptibles de expropiación.

Hasta aquí hemos expuesto la doctrina general que se deduce

de la ley de Expropiación forzosa: entremos ahora en el análisis de las dudas y deficiencias que en nuestro concepto adolece la ley, y por lo tanto, el precepto del art. 349. El art. 1.° de la ley de Expropiación habla únicamente de la propiedad: ¿entenderemos bajo esta palabra todos los derivados de la propiedad y deberán comprenderse también los derechos reales? Dada la importancia de éstos, no creemos sea aventurado afirmar que puedan ser objeto de expropiación si con ello se obtiene el fin de la ley: corroboran nuestra aserción los arts. 55 y 109 del Reglamento de la citada ley de Expropiación forzosa, disponiendo que puedan ocuparse temporalmente los terrenos de propiedad particular «con objeto de hacer estudios ó practicar operaciones facultativas de corta duración, que tengan por objeto recoger datos para la formación del proyecto ó replanteo de una obra, ó bien establecimiento de estaciones y caminos provisionales, talleres, depósitos de materiales, como asimismo extracción de materiales de toda clase para la ejecución de obras, ya se hallen éstos diseminados por la propiedad ó hayan de ser objeto de una explotación formalmente organizada», con cuyos ejemplos vemos que no es sólo el dominio, sino también servidumbres temporales las que son objeto de la ley de Expropiación.

Los proyectos de reforma de la ley de Expropiación son explícitos: así en el de 15 de Junio de 1891, como en el del Sr. Montero Ríos, se dispone que «las diligencias de expropiación se entenderán también con las personas que tengan inscritos ó anotados derechos reales sobre el inmueble», y si bien de esa disposición no se deduce que en los proyectos citados sean objeto de expropiación los derechos reales, sino que las diligencias se extiendan con los que en el Registro aparezcan con algún derecho para que sin ser oídos no puedan ser despojados, creemos que es camino que se abre para facilitar más adelante las citadas expropiaciones.

Aceptada la expropiación y el precio de ésta, ¿pasa la propiedad inmediatamente á poder de la empresa ó persona á cuyo favor se ha hecho la expropiación, aunque no se haya verificado la entrega del precio? Nada dice la ley de Expropiación, y por lo tanto, entendemos que dicha cuestión será necesario resolverla por los

principios adoptados en el Código respecto á la compra. El artículo 1466 dice, que «el vendedor no estará obligado á entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio ó no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago»; como quiera que en rigor la expropiación no es más que una venta forzosa, entendemos que el expropiado no estará obligado á entregar la finca ó á permitir la intrusión en la misma de personas extrañas, mientras no se le haya satisfecho el precio estipulado. Esta doctrina la vemos confirmada por el art. 70 del Reglamento de Expropiación forzosa, al disponer «que una vez *hecho el pago* de la expropiación, la Administración entrará desde luego en posesión de los terrenos ó fincas expropiadas.»

ARTICULO 350

El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción á lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de Policía.

Parece á primera vista que este artículo viene á reafirmar más y más el derecho de propiedad y lo que al fin hace es establecer límites á la propiedad de la tierra, pues que si determina la extensión de la misma, fija á la vez los respetos que el propietario de un terreno ha de tener en cuenta y las limitaciones con que puede usar de la superficie de lo que está debajo y de lo que puede hacer encima de ella.

Estas limitaciones á que el Código alude provienen de las servidumbres, de las leyes de Minas y de Aguas, de los Reglamentos de policía, es decir, provienen de la necesidad de armonizar el derecho de propietario con derechos ó intereses sociales y públicos, y con derechos ó intereses particulares, si bien en este último punto no está, en opinión de algunos, el Código todo lo explícito que de-

biera, por no aludir como razón de las limitaciones del derecho de propiedad á los derechos de otro (1).

En efecto, se dice, el ejercicio del derecho de propiedad se halla limitado por los perjuicios que su ejercicio puede ocasionar á ese derecho igual, ó mejor aun, en virtud de la concurrencia y posible oposición de derechos. La vida social, sobre todo la vida social densa, ó sea en centros de población, es tan complicada que es dificilísimo señalar disfrute alguno de la propiedad, sin que pueda inmediatamente *chocar* con otro interés ó derecho igualmente respetable. Pothier (2) habla á este propósito, no del derecho de propiedad consistente en hacer el propietario lo que le plazca, sino del derecho de propiedad en que el placer del propietario, independientemente de la ley, no puede ejercitarse en *perjuicio de vecinos*. Trátase, por ejemplo, de una casa en que se instala una industria ruidosa (no peligrosa ni nociva); ¿es que hay derecho á molestar á los vecinos? O bien de una chimenea cuyos humos penetran por los huecos de la casa de los vecinos, ¿hay derecho á eso?.....

A todo esto pudiera objetarse que el Código civil, el francés como el español, no tienen necesidad de entrar en ciertos detalles, toda vez que al decir que la propiedad encuentra su límite en la ley y al señalar en el art. 350 que el disfrute de un terreno puede verificarse con las limitaciones á que el artículo alude, deja implícitamente á salvo los derechos de tercero, incluso esos derechos de vecindad, garantidos generalmente por los Reglamentos de policía. Por esta razón nos parece innecesario descender á ciertos detalles señalando con respecto á nuestra legislación los varios casos que apunta Laurent (3) tratando de la francesa y que el Sr. Navarro Amandi desmenuza (4), en los cuales se ven las posibles oposicio-

---

(1) V. Laurent, obra citada, tomo 4.°, págs. 181 y sigs.

(2) *Introduttion aux coutumes*, núm 191; *De la propriété*, núm. 13.

(3) Obra citada, tomo 6.°, págs. 181 y sigs.

(4) *Cuestionario del Código civil reformado*, tomo 2.°, págs. 64 y sigs.

nes de intereses con ocasión del ejercicio del derecho de propiedad á que alude el art. 350.

Realmente puesto este artículo en concordancia con el 348, con los diferentes tratados del mismo Código, relativos á las limitaciones de la propiedad (servidumbres, por ejemplo), con las leyes especiales de Aguas y de Minas y con los Reglamentos de policía, se pueden inferir las condiciones bajo que la propiedad de la tierra vive de un modo práctico y efectivo entre nosotros.

Partiendo de esta indicada concordancia, el desenvolvimiento de la teoría abarca, por lo que al art. 350 se refiere, la declaración absoluta del derecho del dueño del terreno: 1.º, á la superficie; 2.º, á lo que está debajo de ella; y 3.º, á edificar, plantar y excavar, etc., en la misma, todo lo cual supone los razonables aprovechamientos de la cosa.

Pero, naturalmente, este derecho encuentra en sí mismo razones que lo limitan. Para el primero y tercero de los aprovechamientos hay, ante todo, la limitación de las servidumbres, fundada en la falta de razón por parte del dueño á impedir la utilización de ciertos usos legítimos y necesarios. El dueño de una finca que atraviesa un camino, encuentra su disfrute limitado por el respeto á esa servidumbre, que le impide cerrar por completo la finca, edificar y excavar en el camino; el dueño de una finca contigua á una casa, tiene que respetar sus luces al edificar en ella, etc., etc. Igualmente encuentra limitaciones en la ley de Aguas, según puede verse, entre otros, en los artículos 36, 39, 69, 112 y otros; en la ley de Puertos (1), en el Reglamento de construcción de carreteras, y, por fin, en los Reglamentos de policía. Así, el dueño de un terreno, sometido á esto Reglamentos, encuentra limitaciones por razón de la salubridad, de la seguridad personal (industrias peligrosas), del ornato público (alineaciones, rasantes, construcción de aceras, alturas, comodidad, desahogo, etc.); respecto de todo lo cual andamos muy lejos en España de tener una reglamentación adecuada y mucho menos uniforme, porque, salvo lo dispuesto en

(1) Véase más adelante *Aguas* y *Servidumbres*.

tal ó cual Real orden, como las de 19 de Junio de 1861, 21 de Julio de 1875, 11 de Enero de 1881 y otras, es preciso atenerse á la ley Municipal, y sobre todo, á las ordenanzas municipales (1).

En cuanto al segundo disfrute del terreno, es decir, extensión del derecho del propietario á lo que está debajo de la superficie, la limitación capital proviene de la ley de Minas, que descansa en la distinción del suelo y del subsuelo, considerando éste como de dominio del Estado, que lo cede, según la clase de los minerales, bien al mismo dueño del suelo, bien al descubridor. Pero acerca de esto no debemos decir aquí nada, pues al hablar de la propiedad minera será ocasión de tratar detenidamente de tan importante como complejo asunto (2).

ARTÍCULO 351

El tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare.

Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena ó del Estado y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor.

Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las ciencias ó las artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad á lo declarado.

Tres cuestiones resuelve este artículo. La primera, no ofrece dudas en la práctica: la solución aceptada por el Código civil es racional. En efecto, el dueño de un terreno que, al tenor del art. 350, es dueño de la superficie y de todo lo que está debajo de ella, debe serlo del tesoro oculto, es decir, del tesoro que se ignora que no tiene dueño determinado y conocido.

Ofrece ya sus dificultades de diverso género la segunda cuestión: ¿qué razón abona al Código para decidir que cuando fuere

---

(1) Véase Posada, *Administración política*, etc.

(2) Véanse los comentarios á los artículos 436 y 427 del Código.

hecho el descubrimiento en propiedad ajena ó del Estado y por casualidad, sólo se aplique al descubridor la mitad? ¿Acaso creerá el legislador que el Estado tiene con el particular una especie de dominio eminente ó de participación en el dominio de todo lo que hay bajo la superficie de una finca para dejar á salvo la declaración del art. 350 que en el párrafo anterior aludimos? ¿O es que no se ve claro que si el propietario se hace dueño verdaderamente tal del tesoro oculto en su finca, es en virtud del acto de ocupación cuando lo descubre? De otro modo habría que afirmar que es posible establecer relaciones de propiedad con cosas, no ya inciertas, pero ni siquiera ignoradas, pues que ni hipotéticamente puede suponerse que existen por el propietario, ni por nadie.

Más bien puede creerse que el legislador no ha querido romper con los antecedentes romanos del derecho patrio, según puede verse en las leyes de Partida (ley 45, tít. 18, Partida 3.ª), aun á pesar de la doctrina de la ocupación consagrada en el tít. 1.º del libro 3.º, especialmente en el art. 613, y á pesar de la natural salvedad del art. 614.

Fuera de esta cuestión previa y general, la aplicación del segundo párrafo del art. 351 ofrece algunas de carácter práctico muy interesantes.

Helas aquí:

1.º ¿Quién se reputa extraño, para los efectos del art. 351?

Primeramente, quien no tiene derecho alguno sobre la cosa.

¿Pero se reputan extraños ó propietarios el arrendatario, el usufructuario, el usuario, el que tiene en la cosa derecho de habitación y el enfiteuta?

Es preciso distinguir. El arrendatario, no cabe duda. Su derecho en la cosa es dejando siempre á salvo el derecho del propietario. Desde el punto de vista de este derecho, aquél es un extraño. El usufructuario, según el art. 471, «respecto de los tesoros que se hallasen en la finca, será considerado como extraño». El usuario y el que tiene derecho de habitación, deben ser colocados al lado del usufructuario en este caso. Lo exige la naturaleza de su derecho, y así se desprende del art. 528 del Código civil.

En cuanto al enfiteuta, la cuestión varía. El art. 1632 lo equipara al propietario, en la relación especial de que hablamos.

¿Puede considerarse como extraño al obrero que, trabajando á jornal y bajo la dirección del propietario, encuentra haciendo una excavación ó demolición un tesoro oculto? Es preciso distinguir dos casos. Si el obrero trabaja con el propósito deliberado del dueño de buscar el tesoro, éste es del dueño; pero si no concurre esta condición, el obrero es el extraño que descubre el tesoro.

2.° ¿Hasta dónde se extiende el derecho del dueño del terreno, para hacer suyo el tesoro como descubridor, ó la mitad como propietario? Es indudable que bajo la superficie es de él el tesoro ó la mitad. Pero ¿puede arrogarse iguales derechos cuando el tesoro se encuentra en la pared de un edificio? La afirmativa no ofrece duda tampoco. ¿Qué ocurre cuando se separan en dos dueños la propiedad del terreno y la del edificio, por ejemplo, para su demolición? Seguramente que el dueño del terreno conserva sus derechos sobre el tesoro oculto en él, y el del edificio ó de los materiales tiene idénticos derechos respecto del tesoro que en ellos pudiera descubrirse por él ó por el extraño.

3.° ¿Cómo debe entenderse la condición exigida de que el descubrimiento del tesoro por el extraño sea por casualidad? Indudablemente, que el descubridor en terreno ajeno no se lo haya propuesto, pues de lo contrario el ánimo deliberado implica ó puede implicar atentado contra la propiedad del dueño. Pero ¿y si el dueño concede permiso para hacer la investigación? Entonces está fuera de duda que el descubridor hace suyo el tesoro, salvo pacto en contrario.

En cuanto al último extremo del art. 351, no hace falta insistir. Trátase en realidad de una especie de aplicación del principio general de la expropiación por utilidad pública, y debe procederse, si no como la ley de Expropiación dispone, por referirse ésta á los inmuebles, de un modo análogo, por cuanto se ha de procurar: 1.°, declarar de utilidad para las ciencias ó las artes el objeto descubierto; 2.°, justipreciarlo, y 3.°, pagarlo.

ARTÍCULO 352

Se entiende por tesoro, para los efectos de la ley, el depósito oculto é ignorado de dinero, alhajas ú otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste.

Tres condiciones exige nuestro Código siguiendo nuestra tradición jurídica (ley de Partidas antes citada) (1) en el tesoro para los efectos de la ley: 1.ª, que sea oculto é ignorado, es decir, que constituya el hallazgo del mismo un verdadero descubrimiento; 2.ª, que ha de estar constituído el tesoro por dinero, alhajas ú otros objetos preciosos. El Código prescinde racionalmente del calificativo de *antiguos* que el derecho anterior aplicaba á los objetos del tesoro.

Algunos autores presentan la cuestión de si han de conceptuarse como tesoro los objetos preciosos que contienen algunas tumbas antiguas; y los hay que deciden que no, porque no están las tumbas destinadas al comercio. Por nuestra parte, á pesar de la jurisprudencia contraria de algún tribunal francés (Burdeos, sentencia de 6 de Agosto de 1806), creemos que en cuanto los objetos contenidos en las tumbas, por su valor arqueológico, entren en el comercio de los hombres, la cuestión aludida debe resolverse en sentido afirmativo. Abona esta solución el párrafo tercero del artículo anterior, y que no consta la legítima pertenencia del tesoro. Naturalmente, si constase, el tesoro tiene dueño, y á él debe ser restituído, para lo cual el mismo dueño tiene su acción reivindicatoria en pie, salvo los efectos de la prescripción.

Estos dos artículos del Código, relativos al tesoro, concuerdan con el 716 del código Napoleón, 714 del de Italia, 855 del de Méjico, etc., etc.

---

(1) V. también ley de 9 de Mayo de 1835, art. 1.°

CAPÍTULO II

Del derecho de accesión.

I

Ideas generales.

El Código civil, después de tratar de la *Propiedad en general*, en la forma que hemos visto, trata inmediatamente en *capítulo aparte* del *derecho de accesión,* empezando por determinar (artículo 353) su puesto en el desenvolvimiento de la relación jurídica de propiedad, para exponer luego las diferentes clases de accesión, relativa la primera á los productos de los bienes, la segunda respecto á los inmuebles, y la última referente á los muebles.

Antes de proceder al análisis del contenido de los diferentes artículos de este capítulo, debemos examinar una cuestión que pudiéramos considerar previa, en cuanto es cuestión que dice al plan general que el Código civil sigue al desarrollar la regulación jurídica de la propiedad.

En efecto, ¿obra bien el Código civil al colocar el derecho de accesión de modo tal que deba conceptuarse como una manifestación consiguiente del mismo derecho de propiedad?

Sabido es que en este punto el Código, inspirándose en el código Napoleón, en parte (art. 546), sigue la teoría corriente en los códigos modernos, muy aceptada además entre los tratadistas, y por la que la accesión es, según indicamos, una extensión ó consecuencia del dominio, ó mejor aún, es el mismo derecho de propiedad en ejercicio.

Pero esta teoría explicativa de la accesión, no es la única, ni ciertamente es la que aconsejan los precedentes del derecho patrio y los antecedentes del derecho romano. Según el derecho romano, la accesión es un modo originario de adquirir la propiedad, y el mismo código francés, si en el art. 546 dice que «la propiedad de una cosa, mueble ó inmueble, da derecho sobre todo lo que pro-

duce ó aumenta natural ó artificialmente», y que «este derecho se llama de accesión», en el libro 3.º (*De los modos de adquirir*), artículo 712, declara que «la propiedad se adquiere... por accesión ó incorporación...», y considera, por tanto, la accesión como el derecho romano.

Ahora bien: ¿qué es la accesión? ¿Un derecho contenido totalmente en el de propiedad, ó el origen de un derecho de propiedad nuevo? En otros términos, ¿la accesión continúa la relación jurídica de propiedad, ó implica y origina una nueva relación de propiedad?

Ya hemos dicho que los tratadistas modernos se inclinan preferentemente á la primera de las soluciones. Ricci dice terminantemente que la accesión «no es uno de los modos de adquirir la propiedad, sino uno de los *modos como se ejercita la propiedad*» (1), y entre nosotros, el Sr. Sanchez Román considera el concepto romano «como más superficial que natural en la ciencia, como más arbitraria é ingeniosa creación de la escolástica que justificada verdad» (2). Por otra parte, muchos de los comentaristas aplauden el proceder del Código civil.

Pero hay quizá fundamentos reales para hacer al caso algunas observaciones, pues probablemente se procede con alguna precipitación al aceptar sin más, y tan por completo, la solución indicada. Exige, por lo menos, esto alguna aclaración, que aunque tenga cierto carácter teórico, debe ser hecha para procurar fijar bien y con precisión estas nociones capitales.

El Sr. Azcárate, á nuestro modo de ver con muy excelente acuerdo, distingue entre la accesión *continua* y la llamada accesión discreta ó «percepción de frutos». Esta última no es verdadera accesión, ni es un modo de adquirir; es, como el mismo Sr. Azcárate dice, «la realización del fin natural de la propiedad». «Mientras los frutos no se recogen, constituyen una parte de la misma, y después, al separarse, en vez de haber acción, hay *discessión* (como

(1) Obra citada, v. II, pág. 111.

(2) Obra citada, v. III, págs. 95 y siguientes.

dice Demolombe). «La verdad es, podemos añadir copiando á este célebre jurisconsulto, que el dueño, al hacer suyos los frutos, no hace más que ejercitar su derecho de dominio, en el cual está incluído el de *gozar*: no adquiere en virtud de uno nuevo esta cosa, que al separarse de la suya viene á tener una individualidad distinta; sino que lo que sucede es tan sólo que su derecho de propiedad anterior se mantiene y continúa sobre esta cosa producida por la suya, y en adelanto principal ya por sí misma» (1). Por su parte Laurent (2) rechaza también que los frutos sean del dueño de la cosa por derecho de accesión. «Los frutos antes de ser separados eran míos y contínúan siéndolo después como consecuencia del derecho de propiedad.»

La accesión, propiamente dicha, es sin duda la continua, como sostiene el citado Sr. Azcárate; pero esta accesión entraña un fundamento y consecuencias dadas que la hacen un verdadero modo de nacer la relación jurídica de la propiedad. «En la percepción de frutos, dice nuestro autor, no hay una nueva adquisición; lo que se hace es alcanzar el fin propio y natural de una preexistente, y por eso toca este punto al derecho de gozar, que es uno de los que integran el dominio. Por el contrario, en la verdadera accesión, en la denominada continua, nace una relación que antes no existia, respecto de la cosa unida ó incorporada.» Se adquiere algo nuevo por nueva relación.

II

Legislaciones positivas.

Ya queda dicho que los códigos modernos se inclinan, por lo general, á la solución aceptada por el Código civil español. Pero aparece en ellos la teoría de la accesión bastante confusa. Por de pronto el código Napoleón confunde en el art. 546 la accesión y el derecho de percepción y goce de los frutos, y como hemos vis-

(1) *Cours de Code civil*, párrafo 573.

(2) Obra citada, tomo 6.º, pág. 250.

to, cae en cierta contradicción anotada por Laurent (1), al tratar de la accesión, seguidamente que trata de la propiedad, para (artículo 712) luego hablar de ella entre las maneras de adquirir esta propiedad. El Código italiano (art. 443) procede como el francés en el 546. Lo propio viene á hacer, aunque partiendo de otro punto de vista para realizar una confusión análoga, el código portugués en el art. 2237, al decir que «el derecho de gozar ó disfrutar abraza: el de percibir todos los frutos naturales, industriales ó civiles de la cosa propia, el de *accesión* y el de acceso». Procede el código civil austriaco refiriéndose al precedente romano, y así habla de la adquisición de la propiedad por accesión; pero confunde iguales cosas que los demás, porque conceptúa como modo de adquirir por accesión lo que los otros conceptúan como derecho de accesión, consecuencia del derecho de propiedad.

En suma, generalizando lo que los códigos modernos dicen, puede afirmarse que distinguen por lo común tres clases de accesiones: la discreta, como accesión de los frutos de la cosa; la continua de inmuebles, y la continua de muebles (2).

Del fundamento respectivo de las diferentes clases de accesiones se hablará en su lugar oportuno. Ahora procederemos á ver cómo desarrolla en sus detalles la materia el Código civil, ciñéndonos al articulado, después de hechas las reservas que acerca de su concepto general del derecho de accesión y de sus formas creemos oportunas.

---

(1) Obra citada, tomo 6.°, pág. 251.

(2) Azcárate propone dividir la accesión en natural é industrial, y ésta referente á muebles y á inmuebles, resultando de este modo la siguiente clasificación:

Accesión natural: Aluvión.—Fuerza del río.—Formación de isla.—Mutación de cauce.

Accesión industrial:

1.° Respecto de inmuebles: Siembra.—Plantación.—Edificación.

2.° Respecto de muebles: Conjunción.—Especificación.—Conmixtión.

Disposición general.

ARTICULO 353

La propiedad de los bienes da derecho por accesión á todo lo que ellos producen, ó se les une ó incorpora, natural ó artificialmente.

Aun cuando el Código civil español en este artículo viene á coincidir con el art. 546 del código Napoleón y el 443 del código italiano, difiere de ellos en cuanto á su colocación. Aquél inicia con el presente artículo un capítulo distinto (el derecho de accesión), mientras los otros la colocan, el francés, entre las disposiciones que definen la propiedad en sí misma, y el italiano, entre las disposiciones de carácter general relativas á ella. La idea á que los tres responden de que la accesión es una extensión natural del derecho de propiedad, parece mejor expresada en el plan de los códigos extranjeros citados, que, por otra parte, desenvuelven de un modo quizá más sistemático el contenido y formas del referido derecho.

Según el espíritu que informa el presente art. 353 y dadas las consideraciones hechas anteriormente, el fundamento del derecho de accesión radica para el Código civil en el mismo derecho de propiedad. El título por el cual nos hacemos ó somos dueños de los frutos y productos de los bienes y de cuanto se les incorpore ó una, es la relación jurídica preexistente en los bienes mismos.

Analizando ya el art. 353, vese desde luego que comprende las dos clases de accesión que es corriente admitir con más ó menos justificación: la llamada discreta ó percepción de frutos y productos, y la continua ó incorporación y unión, ó de otro modo, la que pueda considerarse como resultado de las *fuerzas* espontáneas ó del *valor* productivo de la cosa misma bajo la acción del trabajo (mayor ó menor), y la que es resultado de la acción, ya natural (accesión natural), ya artificial (¿accesión industrial?) de una cosa mueble ó inmueble sobre cosa inmueble ó mueble.

Algún comentarista del Código civil ha censurado la redacción del art. 353, por conceptuarlo incompleto ó poco expresivo, y no implicar, como debiera, todos los modos y formas de la accesión, ni aun aquellas que el Código civil regula en los artículos siguientes.

No nos parecen totalmente justificadas las censuras. En principio, como hemos sostenido, más bien creemos que el art. 353 peca por exceso más que por defecto, por cuanto incluye como accesión la percepción de lo que los bienes producen, pues no se adquiere esto, según hemos indicado, por accesión; pero en el supuesto de que la accesión comprenda la llamada discreta y la continua, el artículo entraña, diga lo que quiera el aludido comentarista, todas las formas de la accesión. Supone éste equivocadamente que el art. 353 no comprende, por ejemplo, la accesión de los frutos civiles, de que luego habla el art. 354, mas es esto debido á que se fija en que dentro de la frase del Código civil, según la cual se alude «á todo lo que ellos (los bienes) producen natural ó artificialmente», hay que suponer, no sólo los resultados en forma de frutos ó productos espontáneos ó provocados de las fuerzas productivas de los bienes, sino los resultados de su *valor* en el comercio, de donde se originan las rentas, alquileres y demás que se conceptúan frutos civiles.

En cuanto á que el art. 353 no comprende la accesión llamada mixta, prescindiendo así de aludir á la siembra y demás, que es otra censura del mismo comentarista á que nos referimos, es cosa que no hay para qué rebatir. El artículo alude clara y precisamente á las dos formas de accesión continua, natural y artificial, que suponemos vale tanto como industrial. Ahora bien: la siembra, como la plantación, son accesiones industriales, y así las conceptúa el Sr. Azcárate, como queda dicho oportunamente.

SECCIÓN PRIMERA

DEL DERECHO DE ACCESIÓN RESPECTO AL PRODUCTO DE LOS BIENES

No juzgamos necesario hacer observación alguna general respecto de lo que significa el epígrafe copiado, pues tendríamos que repetir mucho de lo ya dicho. Reducido nuestro trabajo al de meros comentadores del Código civil, salvando la opinión filosófica, cuando diferimos de la solución aceptada por el legislador, nos ceñimos luego á explicar é interpretar su espíritu y á señalar sus consecuencias prácticas.

Una brevísima indicación no más relativa al plan que el Código desarrolla. Al colocarse en la corriente del código Napoleón, el legislador español, en punto al derecho de accesión, modifica la estructura formal, y así mientras aquél y como el italiano, oponen la accesión de los productos ó frutos de la cosa (accesión discreta), constituyendo un capítulo aparte (código francés, libro 2.°, tít. 2.°, capítulo 1.°; código italiano, libro 2.°, tít. 2.°, capítulo 2.°), á la accesión de aquello que se incorpora ó une á la cosa (libro 2.°, título 2.°, capítulo 2.°, y libro 2.°, tít. 2.°, capítulo 3.°, respectivamente), que comprende dos secciones, la de muebles é inmuebles; el Código español distribuye en tres secciones distintas las formas de accesión que trata. Nos parece más lógico el plan de nuestro Código, que es el que se adoptó en el proyecto de 1851, y al que debía ajustarse según la ley de bases.

ARTÍCULO 354

Pertenecen al propietario:
1.° Los frutos naturales.
2.° Los frutos industriales.
3.° Los frutos civiles.

No es pertinente, á nuestro parecer, analizando el Código civil español, cierta cuestión que se suscita al comentar otros códigos extranjeros: la suscita, entre otros, Laurent (1), al examinar el ar-

(1) Obra citada, tomo 6.°, pág. 267.

tículo correspondiente del código Napoleón, y la reproduce Ricci al estudiar el art. 444 del código italiano. Tal cuestión es la relativa á la distinción entre *frutos* y *productos*. Los frutos conceptúanse por Ricci como «las producciones periódicas del fundo de donde se derivan, *quidquid ex re nasci et renasci solet*» (1). Dado esto, no entran en la categoría de frutos lo que no se produce y reproduce periódicamente, y así habla Laurent de la madera de los bosques, cuya explotación á largo plazo la hace de naturaleza singularísima, y Ricci, de las minas.

En rigor, al comentar el Código civil español, ateniéndonos al significado gramatical y propio de la palabra frutos, compréndense en ellos los frutos periódicos y los productos que á la larga, que acaso por una sola vez, se obtienen de los bienes, sin más limitaciones que las que en derecho se imponen respecto de ciertas propiedades especiales (por ejemplo, las minas).

Por lo demás, la distinción no tendría nunca una importancia primordial para el propietario que hace suyos los frutos por accesión; en todo caso la podrá tener cuando los frutos pertenecen á una persona distinta del mismo.

Porque esta es la *cuestión* ó una de las cuestiones capitales que en el orden práctico provoca este art. 354. Los frutos naturales, industriales y civiles, *¿pertenecen siempre al propietario?*

Para responder á esta pregunta, es preciso concordar el expresado artículo con los siguientes del Código: 451 á 456 inclusive; 471 á 490; 1554 y 1571; 1632 y 1633, y por fin, el 1881.

En efecto, el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión, entendiéndose percibidos los naturales é industriales desde que se alzan ó separan, y los civiles producidos y adquiridos por días (artículo 451). Por otra parte, según el art. 471, en el usufructo el usufructuario tiene derecho á percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes usufructuados, y según el 472, los naturales ó industriales pendientes al tiempo de comenzar el usu-

(1) Obra citada, tomo 2.°, pág. 112.

fructo pertenecen al usufructuario, y los pendientes al extinguirse, al propietario. Además, al tenor de los arts. 1554 y 1571, relativos al contrato de arrendamiento, el arrendatario tiene, como regla general, con el goce pacífico de la cosa, el derecho de percibir los frutos. Y también cuando en virtud de la constitución de un censo enfitéutico se separan en dos personas distintas el dominio directo y útil, el dueño de éste «hace suyos los productos de la cosa y sus accesiones» (art. 1632), pudiendo disponer del predio enfitéutico y de sus accesiones, tanto por actos intervivos como de última voluntad, dejando á salvo los derechos del dueño directo» (art. 1633). Por último, mediante la anticresis, el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debiesen, y después al del capital de su crédito (art. 1881).

La división que el art. 354 hace de los frutos, difiere de las de algunos códigos modernos, en que, por otra parte, el español se inspira. El italiano, en su art. 444, clasifica los frutos no más que en naturales y civiles. En cambio nuestro Código sigue la división tradicional del derecho romano, que ya habla en el Digesto de frutos naturales é industriales, y alude á los civiles, tradición continuada por las Partidas en igual forma, y fórmula consagrada por el código Napoleón (art. 547).

¿Ha hecho bien el Código civil al aceptar la clasificación de los frutos en naturales, industriales y civiles?

Veámoslo analizando el texto de las definiciones que trae el

ARTICULO 355

Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales.

Son frutos industriales los que producen los predios de cualquiera especie á beneficio del cultivo ó del trabajo.

Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el pre-

cio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias ú otras análogas.

I

La cuestión fundamental aquí estriba en si realmente cabe distinguir estas tres formas ó clases de frutos: unos, espontáneos, sin intervención de la actividad del hombre; otros que se producen en virtud de esta intervención, y otros originados de relaciones sociales con ocasión de la cosa misma y de su uso. En este punto, la diferencia que hay entre el Código civil español y aquellos otros códigos, como el italiano y el chileno, que dividen los frutos en naturales y civiles, no es tan grande ni de grave transcendencia, por cuanto, según dice el italiano, se conceptúan como frutos naturales aquellos que provienen directamente de la cosa, *concurra ó no* la industria del hombre. Como se ve, lo mismo en unos que en otros códigos, se presumen frutos adquiridos por accesión en que la actividad humana no concurre.

Ahora bien: que en la naturaleza se producen frutos espontáneamente, y frutos provocados por la acción del hombre mediante el cultivo ú otra forma del trabajo, es cosa que no cabe poner en duda. Entre la producción de la yerba en un monte y la producción del maíz ó del trigo, hay en cuanto á la forma de producción para el hombre la diferencia indicada.

Pero desde el punto de vista del derecho de propiedad, y considerado el producto de los bienes como materia de goce ó disfrute, ó bien todavía como objetos que el propietario hace suyos por derecho de accesión, ¿puede aceptarse que haya frutos naturales en cuya producción no intervenga para nada la acción del hombre, á diferencia de los industriales, en cuya producción interviene la actividad humana? ¿O es que la relación de propiedad no es siempre *relación* del hombre (por su actividad) con la naturaleza?

Esta es la cuestión. Si los frutos ó productos de una cosa son medios que nacen de ellos, pero (entiéndase esto bien) que sólo pueden ser aplicados con independencia de la misma, estos frutos

no pueden entrar en la esfera del derecho de propiedad como objeto y contenido de su relación jurídica, sino mediante el ejercicio de la actividad humana. Por eso puede decirse con razón «que la distinción entre los frutos naturales y los industriales en la propiedad es imposible, no cabiendo separar la parte que corresponde en el producto (el producto apropiado, que va á convertirse en medio de la relación de utilidad), á la acción de las fuerzas naturales y al trabajo humano» (1). Idéntica opinión acepta el Sr. Azcárate en su *Historia del derecho de propiedad* (2).

A nuestro modo de ver, y sin que esto implique en manera alguna una censura para el legislador, que después de todo ha seguido la corriente más dominante y que probablemente hizo bien en no aceptar el criterio del código italiano (que, como se ha visto, deja en pie el defecto), los frutos, en el derecho de propiedad, debieran conceptuarse todos, bien como frutos industriales, que provienen directamente de la cosa misma *(ex ipso corpore rei)*, ó bien como civiles, que se obtienen con ocasión de ellos en virtud de una relación con un tercero *(qui non natura sed jure percipiuntur)*.

II

Descartada esta cuestión, que conceptuamos capital, quedan en pie todas aquellas otras que puedan surgir en el supuesto positivo de que hay que partir, aceptando como buena la división mantenida por el art. 355. Por de pronto tenemos la necesidad de interpretar cuáles son, en concepto del Código civil, los frutos naturales, á diferencia de los industriales. Sólo aparece perfectamente claro é indudable, que los productos de los animales son frutos naturales: las crías, sobre todo, y también la leche, el pelo, la lana, el estiércol, etc., si bien hay que advertir que estos últimos, para que como frutos sean verdaderamente *nuestros*, tienen

(1) *Curso de filosofía del derecho*, de Giner y Calderón, pág. 294.

(2) Vol. III, pág. 52.

que caer bajo la acción de nuestra actividad, debiendo entenderse, en cuanto á las crías cuyos padres son de dueño distinto, que pertenecen, según se deduce del art. 357, conforme con la ley de Partidas, al dueño de la madre, salvo pacto en contrario.

Ya la cuestión no aparece tan clara al decidir cuáles frutos de la tierra son los verdaderamente naturales. Las leyes de Partida (1) citan, por ejemplo, las manzanas, peras y otros por este estilo; pero desde luego se comprende que, dado el texto del artículo 355, no es esto exacto, ni por tanto admisible. Proceden estos frutos en no pequeña medida del cultivo del hombre. Quizá es imposible establecer *a priori* una distinción acabada, pues dependerá esto siempre muchísimo de la proporción mayor ó menor que en la producción definitiva del fruto tenga el hombre. Aquel fruto, en cuya preparación y generación no interviene el trabajo humano, es el que debe reputarse como natural. La hierba de un monte dedicado al pasto será fruto natural, y no lo será el forraje que se obtiene después del esfuerzo que implica un especial cultivo.

Los árboles ofrecen algunas dudas. Al tenor de ciertas declaraciones del Tribunal Supremo (2), no son ni siquiera frutos. Ricci los considera como productos, en la diferencia que establece entre éstos y los frutos. Realmente los árboles adheridos al inmueble (inmuebles ya ellos mismos), no son frutos para determinados efectos jurídicos; pero pueden serlo en cuanto, por ejemplo, se explotan en una industria, siendo además entonces frutos industriales.

En el concepto general de frutos industriales es preciso comprender aquellos que provienen de la acción calculada, intencional y reflexiva de la actividad humana, obrando sobre la naturaleza inmueble (predios de cualquier especie, dice el Código civil); no se alude en esta denominación de *industriales* á los objetos producto de la industria y que por sí mismos constituyen cosas aparte (productos manufactureros).

(1) Ley 39, tít. 28, Partida 3.ª

(2) Sentencia de 28 de Junio de 1866.

Agrupados de un lado los frutos naturales é industriales *(ex ipso corpore rei)*, y del otro los civiles *(qui non natura sed jure percipiuntur)*, tenemos que éstos no resultan como aquellos de la fecundidad de la cosa misma, por lo que se han conceptuado como una creación (ficción) del derecho, siendo así que son realmente un resultado de las relaciones sociales jurídicas en que las cosas entran. Entrañan los frutos civiles gravísimas cuestiones, que están muy lejos de una solución universalmente aceptada, en cuanto que la percepción y la distribución de los mismos constituye uno de los temas sobre que más encarnizado debate se traba al resolver el llamado problema social. Como que en muchos respectos los frutos civiles provienen de las relaciones entre el capital y el trabajo, implicando todo lo relativo á los problemas económicos de la renta, del salario, etc., etc., con más los que suponen la cooperación de elementos hoy tan antagónicos como el capitalista, el empresario y el obrero.

El Código civil, que no ha estimado oportuno ponerse completamente en las corrientes actuales, aceptando ó recogiendo las soluciones que implican la llamada legislación social, limítase á declarar que hace suyos el propietario los frutos civiles; pero ¿cómo? ¿Dejando libre la realización de aquellas relaciones jurídicas (contratos de trabajo, de arrendamiento, etc.), de suerte que los individuos, bajo el imperio del *laissez faire*, obren como les parezca? ¿Ó habrá que reconocer al Estado una facultad para regular la distribución de los frutos civiles, á fin de que los contrayentes estén en buenas condiciones y se impida la explotación del fuerte por el débil? (1). Cuestión es esta que aquí no cabe tratar, por cuanto el Código civil no alude á ella. Pero bueno será advertir que cuantas medidas legislativas se toman por el Estado, encaminadas á reglamentar el trabajo, á proteger al obrero, á impedir el trabajo de los niños y el de las mujeres en determinadas industrias, ¿qué más? las medidas mismas arancelarias de tendencia proteccionista, todas, influyen necesariamente sobre la aplicación práctica

(1) V. Brentano. *La Cuestión obrera.*

de este derecho de accesión de los frutos civiles (y en cierto respecto de los naturales é industriales), en cuanto influyen sobre lo que Spencer conceptúa como fórmula de la justicia (1), á saber, aquella fórmula según la que cada cual debe recoger los beneficios y daños de su naturaleza y conducta consiguiente.

Prescindiendo de esto, al tenor del párrafo tercero del artículo 355, son frutos civiles (del propietario por derecho de accesión), las rentas, los alquileres, ó sea aquellas formas de producir, en dinero ó especies, nuestras cosas cuyo uso tiene un tercero (por arrendamiento, censo, foro, rentas vitalicias, etc., etc.).

Para concluir de comentar el art. 355, conviene advertir que la distinción entre frutos naturales é industriales de un lado y civiles del otro, no se funda sólo en el diverso modo como se producen, sino que se manifiesta también en el diferente modo como se perciben. Los primeros, mientras están pendientes, se reputan inmuebles (art. 334, núm. 2.º), y se perciben á medida que maduran ó se separan del suelo. Mientras estos frutos están unidos á la tierra, no forman parte de nuestro patrimonio mueble, se confunden con el suelo, y sólo cuando de ella se separan existen con existencia independiente. Los frutos civiles, por el contrario, se entienden adquiridos día por día, al tenor del artículo 451, según el cual «los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción», y del 474, según el que «los frutos civiles se entienden percibidos día por día y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo».

El Código preceptúa que las crías y demás productos de los animales pertenecen al propietario, y aunque guarda silencio no determinando si el dueño ha de ser el del macho ó la hembra, entendemos, como ya se ha indicado, siguiendo la doctrina siempre observada del Digesto romano y de las Partidas, que será dueño de la cría el de la hembra, por seguir el parto al vientre. Pudiera, sin embargo, dar lugar á cuestiones la forma general en

(1) Spencer. *La Justicia. El individuo contra el Estado.*

que se encuentra expuesto el precepto, por más que se podría argüir que, al aclarar el Código esta disposición y otras análogas, pecaría de casuístico: entendemos, esto no obstante, que el artículo 357 desvanece la duda al decir que respecto á los animales basta que estén en el vientre de su madre para que se consideren nacidos.

ARTICULO 356

El que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación.

Aun cuando este artículo, respondiendo á un principio general de justicia, tiene sus análogos en los demás códigos, hállase en el nuestro redactado de una manera más amplia, que implica quizás una fórmula mejor y más general. El art. 548 del código Napoleón, como el 445 del italiano, especifican los gastos hechos que es preciso que el propietario reembolse: son estos gastos, los de cultivo, simientes y labores realizadas, con lo cual se ve claramente que estos códigos aluden á los gastos de los frutos industriales ó naturales según ellos. La redacción del Código español no es tan terminante, aun cuando lo sea mucho, pues la palabra *recolección* indica bastante. Sin embargo, no creemos, siguiendo en esto á un comentarista, que sea imposible el caso, sin que esto se halle fuera del espíritu y sentido del Código, de indemnización de gastos por frutos civiles, por ejemplo, el pago de una escritura de arriendo, inscripción en el Registro de una hipoteca, etc., etc.

Pero, indudablemente, á lo que alude directamente el Código civil español, es al caso de indemnizacíón de gastos de que expresamente hablan los otros dos códigos citados.

Caso principal del art. 356.—Puede suponerse que el propietario de un fundo lo reivindique de un tenedor, cuando las siembras, los abonos, las labores agrícolas se han verificado, de modo que sólo falte ya recoger los frutos, próximos á madurar. En este supuesto, el Código exige que el propietario pague al tercer po-

seedor que fué de la cosa los gastos de producción, y en su caso, los de recolección y conservación. El propietario no puede excusarse alegando la mala fe del tercero, porque, sea de buena ó de mala fe, lo cierto es que éste ha hecho un gasto no sólo útil para el propietario, sino necesario, y sin el cual el propietario no hubiera obtenido frutos de su fundo, resultando además que, de no mediar indemnización, se consagraría el injusto principio de que uno puede enriquecerse á costa y con daño de otro. Para afirmarse por completo en esta opinión, debe concordarse el artículo que comentamos con los 452 á 456, relativos á los efectos de la posesión de buena y de mala fe, y que no examinamos ahora porque el asunto se trata luego con más detalles.

Los gastos de producción y demás, para que puedan conceptuarse reembolsables por el propietario en el caso que suponemos, deben tener dos caracteres: primero, que estén dedicados á la producción anual, es decir, que no se trata en este supuesto de las bonificaciones generales del fundo. Semejantes bonificaciones entran en la categoría de las mejoras que se regulan en otro lugar del Código (al tratar de la posesión). Y segundo, que no sean superfluos, excesivos ó de puro lujo, sino que deben ser hechos en aquella medida natural que la condición del cultivo ó trabajo de que se trata exige.

Presentan algunos tratadistas una cuestión interesante al tratar del punto que ahora es objeto de nuestra atención. Pregúntase, en efecto, si, cuando los gastos, á cuyo reembolso tiene derecho el tercer poseedor, superan al valor de los frutos recogidos, como puede acaecer en caso de sequía, de tormenta, ó por la langosta ó cualquier otra calamidad por este estilo, está el propietario obligado á pagar todo, es decir, comprendiendo también hasta el exceso del valor del gasto hecho con relación al escaso fruto recogido, por alguna de las razones indicadas.

La solución no es fácil, pero creemos debe decidirse en el sentido de la afirmativa. Los gastos de producción y demás, exige terminantemente el Código que sean reembolsados al que los hubiese hecho. No hace en este punto el Código civil en el art. 356 salvedad

alguna. Parece que considera que si el propietario hubiera poseído su fundo en la época de la siembra y demás trabajos agrícolas, seguramente hubiera procedido como el tercer poseedor, gastando como él; ahora bien, si el propietario no ha hecho los gastos, sino que éstos han sido hechos por otro en su lugar, y como él mismo lo hubiera verificado, parece justo que éste corra los riesgos que después de todo hubiera corrido de haber sembrado y trabajado por sí. Podrá objetarse que de este modo el tercero recogería ciertas ventajas, que de haber seguido en la posesión no recogería; pero á esto se debe responder que toda vez que los beneficios ceden en pro del que hace la recolección, es muy justo que contra él se dirijan las quiebras que ocurran. Por otra parte, se advierte que el propietario podría librarse de todo gasto permitiendo al tercer poseedor recoger cuanto hubiere cultivado ó sembrado, para que éste no tenga derecho á reclamar la pérdida.

Conviene, para terminar, hacer notar que, según el art. 1922, «los créditos por semillas, gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor son preferentes (núm. 6) sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron», con lo cual viene á considerárselos como créditos preferentes en el orden y forma que al comentar el artículo habrá de verse.

ARTICULO 357

No se reputan frutos naturales, ó industriales, sino los que están manifiestos ó nacidos.

Respecto de los animales, basta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido.

No tiene este artículo de nuestro Código concordancias con aquellos códigos civiles extranjeros en que parece haberse inspirado de un modo más directo. Verdad es que algún comentarista ha hecho observar que el código civil de Méjico tiene en sus artículos 874 y 875 disposiciones análogas, como las tienen el Código de la Baja California (artículos 778 y 779), el de Campeche (artículos 874 y 875), y el de Guatemala (artículos 585 y 586); pero no es

aventurado afirmar que el legislador, al redactar el art. 357, si pudo no ignorar las disposiciones de los códigos citados, quizás se inspiró en antecedentes muy calificados del derecho patrio. En efecto, ahí está la ley 1.ª del tít. 4.°, libro 3.° del Fuero Real, la cual dice que en el caso en que por muerte del marido ó de la mujer hubiera que partir los frutos, «si los frutos parescen en la heredad á la sazón de la muerte», se partan por mitad entre el vivo y los herederos del muerto, «é si no aparecen, haya los frutos cuya fuera la raiz, é dé las misiones que fueran fechas en la labor al que la labró, y esto sea si la labor, fuera viña ó árboles; ca si fuere tierra, é fuere sembrada, maguer que no aparezca el fruto á la sazon de la muerte, pártase por medio quanto ende hubiere; é si non fuere sembrada é fuere barbecho, el que no há nada en la heredad haya la mitad de las misiones que fueren fechas en el barbecho». También se puede señalar como antecedente la ley 3.ª, tít. 3.°, libro 3.° de la Recopilación de fueros y leyes de Navarra.

Fijándonos ya en el texto del art. 357, debemos advertir que se le ha de considerar principalmente en relación con las definiciones respectivas de los frutos naturales é industriales y de los civiles. Al comentar estas definiciones, se hicieron algunas observaciones relativas á las consecuencias de la diversidad de los aludidos frutos, en cuanto á los modos de la percepción, recordando lo que el Código civil dice al tratar del poseedor y del usufructuario, y al determinar en los artículos 457, 472, 473 y 474, cómo se entienden percibidos los frutos, según sean civiles ó de las otras dos clases, observaciones que pueden conceptuarse en cierto sentido como el oportuno razonamiento del artículo que examinamos.

En efecto, era necesario para prever el desarrollo posible del derecho de accesión, determinar cuando se conceptúa el fruto natural ó industrial, teniendo sobre todo en cuenta la calidad especial del mismo y las condiciones en que se verifica su producción. Como el mismo Código civil advierte en el art. 451, los frutos civiles «se consideran producidos por días», porque el fruto civil (una renta, por ejemplo), es perfectamente distribuíble á razón de días, y además cada día que pasa implica un producto

propio, que debe ser de quien poseía ó tenía en condiciones legales el fundo ó cosa objeto de la relación económica. La especial naturaleza de los frutos naturales é industriales, explicada ya al comentar el art. 355, exige otra regulación, y exige ante todo que se fije cuándo real y positivamente se considera el fruto como producto efectivo.

El Código civil, al resolver la cuestión en que nos ocupamos, aunque acepta en principio el antecedente del derecho patrio, prescinde de las distinciones entre los frutos de que el Fuero Real habla, y sólo establece la excepción de los frutos de los animales, excepción aconsejada por el carácter de certeza del conocimiento de la existencia del fruto en el vientre de la madre.

SECCIÓN SEGUNDA

DEL DERECHO DE ACCESIÓN RESPECTO Á LOS BIENES INMUEBLES.

Efecto de la distinta manera como el Código civil español desarrolla en sus detalles el derecho de accesión, no tiene una declaración común á las dos secciones que se refieren á la accesión continua, análoga para el caso á las que, según hemos indicado, se encuentran en los códigos francés é italiano cuando dicen, iniciando este particular tratado, que todo aquello que se incorpora ó se une á la cosa pertenece al propietario de la misma, según lo que en el Código se dispone. El art. 358 no reviste caracteres de tal generalidad, así que para buscar el fundamento legal de cuanto en esta sección se dispone, es necesario referirse al art. 353 ya examinado.

Comprende, como va á verse, la sección esta en cuyo comentario ahora nos ocupamos, una de las formas ó clases de accesión continua: la de inmuebles. Dentro de cierta nomenclatura muy corriente entre los tratadistas, cuando hablan de una accesión de inmueble á inmueble, de mueble á inmueble, y de mueble á mueble, esta sección del Código civil regula las dos primeras clases, y aceptando la distinción de la accesión en natural é industrial, el Código comprende en esta sección segunda: 1.°, la accesión industrial de inmuebles (artículos 358 á 365, ambos inclusive), con sus tres

formas de edificación, plantación y siembra, sometidas á principios generales comunes; y 2.°, la accesión natural (de inmueble á inmueble), comprendiendo el aluvión, fuerza de río, formación de islas y mutación de cauce (artículos 366 á 374, ambos inclusive).

ARTICULO 358

Lo edificado, plantado ó sembrado en predios ajenos y las mejoras ó reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción á lo que se dispone en los artículos siguientes.

Introduce este artículo una novedad muy interesante en el derecho patrio. Según éste, teníamos dos clases de accesión: la *edificación* y la *plantación y siembra*. Seguía en ésta como en tantas cosas, la legislación de Partidas al derecho romano (1). El art. 358 unifica muy racionalmente las reglas de las tres formas de la accesión, con lo cual simplifica y ordena de mejor manera el asunto. Las indicaciones especiales á que la plantación y la siembra pueden dar lugar, fuera de lo contenido en la accesión, es asunto tratado por el Código en los arts. 591, 592 y 593 al hablar de las servidumbres.

Examinando el texto y significado del art. 358, fuera de lo dicho, pueden hacerse las observaciones siguientes:

1.ª Viene el citado artículo á confirmar, respecto de una de las especies de accesión, lo declarado ya en el art. 353, por lo que varios tratadistas (2) lo han conceptuado superfluo ó inútil, llegando alguno, como el Sr. Navarro Amandi, á creerlo nada menos que perjudicial (3). Realmente es una lógica consecuencia del precitado

---

(1) V. Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*, tomo 3.°, págs. 104 y siguientes, y pág. 160.

(2) Por ejemplo, los Sres. Sánchez Román, ob. cit., y Navarro Amandi, *Cuestionario del Código civil reformado*, tomo 2.°

(3) Navarro Amandi, ob. cit., tomo 2.°, pág, 79.

art. 353, y en definitiva creemos que más bien viene á aclarar su contenido que no á oscurecerlo.

2.ª El fundamento esencial de la disposición del Código que examinamos, hállase sin duda en el art. 350, el cual reconoce en el propietario de un terreno el carácter de dueño de su superficie y de todo lo que está debajo de ella, invistiéndole además de los derechos de edificar, plantar y excavar en el mismo, sin otras limitaciones que las que resultan de las servidumbres y con sujeción á las leyes especiales de Minas y Aguas y á los reglamentos de policía.

3.ª Sin embargo, el principio esencial del art. 350 hállase referido en una forma especial en el 358, en cuanto se establece con relación á predios ajenos, cuyos dueños se hacen con lo edificado, plantado ó sembrado por derecho de accesión, que es el mismo en virtud del cual son propietarios de lo edificado, plantado y sembrado en los propios, si bien en este caso con sujeción á los artículos 359 y siguientes hasta el 365 inclusive.

4.ª El art. 358 tiene sus antecedentes en el derecho romano, según puede verse en el Digesto en varios lugares, y en el derecho patrio en las leyes 5.ª, tít. 1.º, libro 1.º del Fuero Juzgo; 1.ª, título 4.º, libro 3.º del Fuero Real; 38, 41, 42 y 43, tít. 28, Partida 3.ª y art. 401 del Proyecto de Código.

5.ª Las disposiciones análogas á la del art. 358 de los códigos extranjeros son, entre otros, el art. 551 del código Napoleón; 466 del italiano; 2290 del portugués; 2581 del de la República Argentina, etc., etc.

ARTICULO 359

Todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y á su costa, mientras no se pruebe lo contrario.

I

Los fundamentos.

Según hemos indicado al comentar el art. 358 en relación con el 350, que conceptuamos como fundamento de él y debemos ade-

más conceptuar como fundamento del que ahora comentamos, del principio general por el que la propiedad del suelo implica la de lo que está encima y la de cuanto está debajo de él, con las limitaciones conocidas de las servidumbres y leyes especiales de Minas, etc., etc., síguese la afirmación del derecho del propietario de aquél á hacer construcciones, á plantar y á sembrar en el mismo. Pero ¿basta esto para sostener siempre y en definitiva que las construcciones y todo lo demás que se halle sobre ó bajo el suelo pertenece necesariamente al dueño de la superficie? «El derecho romano, dice á este propósito Laurent, fijaba como regla absoluta que el edificio ceda en favor del suelo: *Ædificium solo cedit*». ¿Puede admitirse este principio del derecho romano con igual fuerza en el derecho español?

No con tanta, sin duda alguna, pues basta leer el art. 359 para ver las limitaciones impuestas al referido principio; pero no puede negarse que la aplicación de la conocida y repetida regla, según la cual lo accesorio cede á lo principal, aplicada aquí bajo la preocupación romanista de que lo principal es el suelo, ó mejor, la propiedad territorial, domina por completo, tanto en las disposiciones contenidas en el art. 359, cuanto en las demás contenidas en los artículos todos que de esta forma del derecho de accesión tratan. La presunción en favor del dueño del suelo, aun cuando se trate de construcciones industriales, cuyo valor pueda exceder con mucho al valor del suelo, no sólo al valor intrínseco de la edificación, sino al valor social de la misma por lo que importa su instalación en el lugar que ocupa, presunción que excluye la contraria en favor del dueño de lo edificado, muestra bien á las claras el espíritu tradicional que en el derecho civil impera, y cuán lejos está el derecho civil, reconocido con el carácter de positivo, de aceptar irreflexivamente los grandes influjos sociales y económicos que han transformado en la sociedad presente el régimen general de los bienes (1).

(1) No debe verse en esto una censura al Código civil. Después de todo no están las concepciones modernas de la propiedad, ni las ideas relativas al

Las limitaciones al principio absoluto del *ædificium solo cedit* se hallan todas sintetizadas en esta frase del art. 359: «mientras no se pruebe lo contrario»; es decir, que la afirmación contenida en los artículos 350, 353 y primera parte del mismo art. 359 se entienden siempre que «no se pruebe lo contrario». Si un tercero alega mejor derecho, por un título cualquiera, como veremos, sobre el suelo ó el subsuelo, el propietario del suelo no lo es de aquella «obra, siembra ó plantación» de que se trate.

El supuesto de que el Código civil parte para desarrollar toda la doctrina positiva y regular de esta forma del derecho de accesión, implica dos presunciones que, según una indicación hecha anteriormente, acaso puedan ser hoy discutibles por la importancia económica superior que la industria humana da á lo que se construye y aun á lo que se planta y siembra; pero que son lógica consecuencia del concepto de la propiedad que nuestro derecho legislado tiene, y que estamos viendo desenvolverse en los artículos que comentamos.

Las dos presunciones á que nos referimos, son las siguientes: 1.°, que las obras, siembras y plantaciones están hechas por el propietario; y 2.°, que están hechas á su costa.

El fundamento de la primera presunción está en el derecho positivo, en los artículos varias veces citados 350 y 353. Al encontrarse una construcción sobre un terreno, ó bien una plantación cualquiera, como el terreno naturalmente tendrá su propietario, conocido éste, la ley supone que semejante construcción ó plantación deben ser cosa del propietario. ¿Quién si no él las habría de hacer? Esto sin duda es lo que el buen sentido se dirá. Realmente, si un tercero construye en el terreno que suponemos, es de creer que sea de acuerdo con el propietario, pues de otro

---

nuevo modo de ser el régimen de los bienes, tan claras y definidas, tan hechas, que pueda el legislador prudente aceptarlas y traducirlas desde luego en preceptos de derecho positivo, cambiando el estado de derecho tradicional. El que el Código civil no recoja en los detalles del articulado los resultados de la transformación del ideal económico moderno, débese seguramente á la situación actual, crítica de suyo é insegura.

modo, en la mayoría de los casos, el propietario se cuidaría de impedirlo. En rigor á esto no hay nada que objetar, pero ¿no podría establecerse la presunción contraria? ¿No podría suponerse, al ver un edificio suntuoso, una fábrica, por ejemplo, que el dueño de lo edificado lo es del suelo? El sentido común se hace sin duda esta consideración; pero en el derecho actual no puede admitirse por oponerse á ello el principio expuesto en que descansa la accesión.

La segunda presunción es tan fundada como la primera. No es admisible, como regla general, que quien construye, siembra ó planta en terreno ajeno, lo haga á su costa y en beneficio del dueño del terreno; por eso se debe presumir que lo plantado ó edificado se hace á costa del dueño, aun en el caso en que el que hace la obra sea un tercero. El tercero lo hará, pero por encargo, y en todo caso, á costa del dueño del terreno en que la edificación, plantación ó siembra se verifica, salvo prueba en contrario.

Debe notarse, como de lo dicho se infiere, que la presunción que indica el art. 359, no es de las que en derecho se llaman *juris et de jure*, sino *juris tantum*, porque, según el artículo citado, admítese prueba en contrario, á fin de salvar el derecho que un tercero pudiera tener. Y aquí es donde surgen las cuestiones prácticas que la aplicación del Código civil entraña en el caso presente.

II

Cuestiones.

Al tenor literal de lo dispuesto en el art. 359, el tercero que reclama sobre lo edificado, plantado ó sembrado *¿qué puede reclamar?*

Fijándonos en el precitado art. 359, apoyado en los artículos 358, 353 y 350, el dueño del terreno es el dueño por derecho de accesión del suelo y del subsuelo, con las limitaciones que á este último disfrute señala el último artículo de los tres citados, este es el 350. De modo que al pronto, por lo menos, parece como que el tercero que ha edificado, plantado ó sembrado en terreno ajeno, no puede reclamar nada en concepto de dueño de la construcción, plantación ó siembra.

Pero esta doctrina, en parte sostenida por Laurent, puede ser objeto de muy serias objeciones.

1.ª El dueño del predio es, según el art. 358, dueño también de lo edificado, plantado ó sembrado en él, aunque sea por un tercero, pero con sujeción á lo dispuesto en los artículos siguientes. Ahora bien: entre estos artículos, el 361 dice que el dueño del terreno *puede hacer suya* la obra, plantación ó siembra; luego no es suya inmediatamente, no es suya *todavía.* ¿De quién es entonces? ¿de quién la puede reclamar el dueño? Sin duda del tercero, porque del tercero es; y para que este tercero deje de ser el dueño, hay que indemnizarle, en una forma ó en otra, según que haya obrado de buena ó de mala fe. Puede ciertamente ofrecer alguna duda el carácter de dueño del tercero cuando éste obra de mala fe, pues que, como veremos, no tiene derecho á cierta indemnización pero no cabe discutir en el caso contrario. Por otra parte, el mismo artículo da derecho al dueño del terreno para obligar al tercero á comprar el suelo en que ha edificado, con lo cual el tercero se hace dueño de todo.

Laurent (1) sostiene que el tercero en cuestión no puede pedir más que la indemnización, y que la prueba que efectúe no puede dirigirse á demostrar la propiedad de lo edificado ó plantado. ¿Pues entonces con qué título reclama la indemnización? ¿Con el de dueño de los materiales? Pero ¿es que nunca, ni aun siendo de buena fe, puede reclamar más que el valor de los materiales ó semillas?

En este punto concreto, y por lo que al Código civil español respecta, creemos más en lo firme la interpretación del Sr. Navarro Amandi (2), quien dice que «hay que afirmar la propiedad del que edificó ó plantó, lo mismo que la propiedad del dueño del suelo. Pero que como se trata de dos derechos de propiedad en conflicto, la ley resuelve en favor de uno de los propietarios, bien según la regla de que lo accesorio sigue á lo principal, ó en atención á la

(1) Ob. cit., tomo 6.°, pág. 329 y siguientes.
(2) Ob. cit., tomo 2.°, pág. 81.

buena ó mala fe, ó en razón de la utilidad ó valor de las cosas, como sucede en el caso del art. 377, etc.»

2.ª No hay términos hábiles para suponer que el derecho de accesión implique el desconocimiento de la separación en relaciones de propiedad con sujetos distintos, de los diferentes modos de aprovechamiento de las utilidades de que la tierra es susceptible, así que la prueba en contrario del tercero puede encaminarse á demostrar que tiene títulos suficientes para poseer, ya en concepto de mero poseedor, ya en concepto de propietario de lo edificado, plantado ó sembrado.

Abona suficientemente el sentido y espíritu de esta doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al conceder (20 de Enero de 1890) como propietario, el derecho de tanteo al dueño de un bosque, con relación al terreno, y justifícala plenamente lo común que es la separación del sujeto de la propiedad de los árboles para aprovechar sus frutos y aun consumirlos, del que es propietario del suelo, que puede sembrar en él y disfrutar de sus beneficios en cualquier otra forma (compatibilidad de aprovechamiento de una misma cosa).

3.ª Puede, por último, el tercero alegar la prescripción en su favor, respecto, por ejemplo, de árboles ó edificios, y esta prescripción puede ser alegada no sólo para hacerse declarar propietario del fundo ocupado y del edificio que sobre él se levanta, sino también para hacerse declarar propietario del subsuelo ó de un espacio mayor ó menor sin ser dueño de la superficie. Ricci pone á este propósito un ejemplo muy cabal y adecuado (1): «Supongamos dos edificios contiguos: el propietario de uno de ellos ha hecho un pozo excavando en el subsuelo del otro, pero sirviendo sólo para él. Pues bien, si el pozo se posee *animo domini* por todo el tiempo necesario para la prescripción, el que lo construyó puede alegar y aun reclamar la propiedad del pozo».

4.ª He aquí otra cuestión. ¿El propietario del predio tiene á su favor las presunciones del art. 359 cuando la finca está arren-

---

(1) Obra citada. V. II, pág. 119.

dada? Laurent sostiene que, con arreglo al código Napoleón, sí. La doctrina que se infiere del Código civil español (la misma después de todo que debe inferirse del código Napoleón), no creemos que esté por la afirmativa. Verdad es que el mismo Laurent fija algunas excepciones. En efecto, será por de pronto necesario atenerse á las cláusulas estipuladas en el arriendo, sobre todo para las edificaciones. Lo edificado, por su condición especial, y aun lo plantado, puede parecer que debe ceder en pro del propietario; pero si el arriendo hecho implica implícita ó explícitamente el derecho por parte del arrendatario de hacer obras, plantaciones y siembras, desaparecen todos los motivos por los cuales el propietario percibe los frutos naturales ó industriales (percibirá en todo caso los civiles) y con estos motivos desaparece el interés del propietario en edificar, plantar ó sembrar, interés que es en el fondo la razón más calificada de las presunciones capitales en su favor del art. 359.

ARTICULO 360

El propietario del suelo que hiciere en él, por sí ó por otro, plantaciones, construcciones ú obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y, si hubiere obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. El dueño de los materiales tendrá derecho á retirarlos sólo en el caso de que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construída, ó sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones ú obras ejecutadas.

I

Diferentes casos de accesión de inmuebles (primer grupo).

Los dos últimos artículos comentados tienen cierto carácter de generalidad, y puede considerarse como que sientan los principios sobre que descansa la doctrina jurídico-positiva de la accesión de inmuebles, especialmente de la accesión industrial. Los restantes artículos de esta sección pueden ser considerados como el des-

arrollo particular de la doctrina de la accesión, mediante la aplicación de los principios generales de la misma, tanto los contenidos en los dos artículos precitados, cuanto los que se suponen en aquellos otros que les sirven de fundamento.

Ordenando la materia, los quince artículos que seguidamente vamos á examinar, pueden clasificarse, según ya indicamos antes, en dos grupos, referentes los del primero á los casos de accesión industrial de inmuebles, y los del segundo á los casos de accesión natural. Los casos del *primer grupo*, son los siguientes:

Primero.—Del que edifica ó planta en suelo propio con materiales ajenos (art. 360):

A) de buena fe; *B)* de mala fe.

Segundo.—Del que edifica, siembra ó planta en terreno ajeno (artículos 361 á 365):

A) con materiales propios; *a)* de buena fe, habiéndola de parte del propietario del terreno; *b)* de mala fe, siendo buena la del propietario; *c)* de mala fe los dos; *d)* de buena fe, siendo la del propietario mala.

B) Con materiales ajenos; *a)* supuesta la buena fe del tercero; *b)* supuesta la mala fe del mismo; *c)* supuesta la mala fe del que edifica.

II

Caso del que edifica ó planta en suelo propio con materiales ajenos.

El art. 360, como desde luego se advierte con su sola lectura, comprende el primer caso de los indicados con las dos hipótesis que en el mismo pueden darse. Encuentra muy directos antecedentes este artículo en el derecho romano *(Instituta)* (1) y en el derecho patrio en las leyes de Partida (2), si bien se halla en él muy justamente modificado lo dispuesto en las antiguas leyes. En efecto, las leyes de Partidas, por ejemplo, autorizaban, como hace el Código civil, al dueño de los materiales para reivindicarlos

(1) Párrafos 29, 30 y 31, tít. 1.°, libro 2.°

(2) Leyes 38 y 43, tít. 28, Partida 3.ª

cuando podía hacerse esto sin detrimento del predio, pero en el caso contrario, condenaban al dueño de éste á pagar el duplo del valor de los materiales. Esto último sin distinguir si había habido por parte del interesado buena ó mala fe. Ahora bien, el Código civil distingue muy oportunamente cuándo hay mala fe y cuándo no la hay. No habiéndola, no existe en rigor motivo alguno para imponer al dueño del predio nada que tenga asomos de pena. El Código civil, en este punto, se inspira en los códigos modernos, que si declaran obligado siempre al dueño del terreno á abonar el valor de los materiales ó plantas ajenas utilizadas, sólo le imponen la indemnización de daños y perjuicios cuando mediase por su parte mala fe.

Por lo demás, el art. 360 es análogo al 403 del proyecto de 1851, y copia literalmente el 363 del de 1882, siendo parecido al 554 del código Napoleón, que niega al dueño de los materiales el derecho de retirarlos, y enteramente igual al 449 del código italiano (1). Concuerda también con el 668 del código civil de Chile, 712 del de Uruguay, 593 del de Guatemala, etc., etc.

Fuera ya de estas consideraciones previas, y pasando á analizar el contenido del artículo, debe considerarse como una consecuencia de la naturaleza especial *(juris tantum)* de las presunciones de que habla el art. 359. En efecto, hay, según vimos, la presunción en favor del propietario, de que lo edificado ó plantado se hizo por él y á su costa; luego se presume que las plantas ó materiales empleados son *suyos*. Pero admitida la posibilidad de la presentación de un tercero reclamando como dueño de los materiales ó plantas, éntrase en una cuestión jurídica cuya dificultad primera y principal estriba en la prueba que el tercero está llamado sin duda á suministrar: una vez practicada y demostra-

(1) Dice el art. 449 del código civil italiano: «Il proprietario del suolo che ha fatto construzioni, piantazioni od opera, con materiali altrui, deve pagarne il valore. Sará anche tenuto in caso de mala fe, ó de colpa grave al risarcimento dei danni; ma il proprietario de materiali non ha diritto di levarli, salvo che lo possa senza distruggere l'opera costrutta ó far perire la piantagione.»

do por ella que los materiales le pertenecen, tiene derecho á exigir en todo caso el valor de los materiales empleados por el propietario; y si éste hubiere obrado de mala fe, puede exigir también al mismo la indemnización de daños y perjuicios. En ambos casos, el dueño de los materiales no tiene derecho á retirarlos, á no ser que levantándolos no sufra la obra menoscabo; y si se trata de plantas, que las plantaciones no perezcan, etc., etc.

Que el propietario deba pagar el valor de los materiales ó plantas que no le pertenecen, y que, sin embargo, ha empleado para su uso y utilidad, nada más claro y justo. No importa entonces la buena ni la mala fe. La buena fe, si disculpa al culpable y quita al propietario todo lo que puede vislumbrarse de mal hacer, no le capacita para enriquecerse á costa de otro, ní, por tanto, le da derecho á los materiales ó plantas utilizadas. Pero la mala fe ó la buena, es preciso que sea tomada en cuenta cuando se trata de decidir si el constructor ó el que haya hecho la plantación está obligado á más. Por parte del que obró de buena fe no hay culpa: imponerle el pago de una indemnización ó del duplo, como exigía nuestra legislación de Partidas, sería castigarlo. La dificultad práctica estará siempre, cuando se trate de la aplicación de este artículo, en determinar el caso en que hubo mala fe. Mas no es dificultad esta que aquí nos toque vencer. En cada cuestión que se suscite especialmente, será preciso plantear el problema debatiendo la prueba que sobre este extremo se hubiere presentado por los interesados.

El propietario del terreno á quien se le reclama por un tercero los materiales, ¿puede paralizar su acción con la oferta de restituírselos deshaciendo lo hecho? Del texto del art. 360 se infiere que no, por cuanto determina de un modo imperativo, y sin dar lugar á elección de ningún género, que el propietario del terreno «debe abonar el valor» de los materiales. Por otra parte, indúcese esta conclusión del espíritu general del Código, porque los materiales empleados en una construcción, al igual que las plantas adheridas al suelo, adquieren la condición de inmuebles, y dan forma á una nueva cosa de naturaleza distinta, que el tercero puede re-

chazar si le place. Esto mismo lleva á decidir á algún tratadista, que en el caso en que se trate de materiales que no entran en la construcción como elemento que sufra ciertas transformaciones á causa de su empleo, por ejemplo, estátuas, adornos ú otros por este estilo, que se puedan separar sin que experimente menoscabo el propietario, acaso cumpla con devolverlos, á su costa, al dueño ó reclamante. Nos parece justa esta solución.

Respecto del valor de los materiales, ¿cómo debe estimarse? ¿Ha de ser teniendo en cuenta el que tuviesen en el momento en que el propietario del suelo los empleó; ó bien aquel que tuvieran cuando su dueño los reclama?

Puede suponerse, como regla general, que los materiales empleados adquieren con el empleo mayor valor, con relación á aquel que tenían al ser empleados. En principio es muy difícil determinar si este valor debe atribuirse como beneficio en favor del dueño de los materiales, que al ser privado de ellos, se le quitó la ocasión de darles el valor de que eran susceptibles, ó bien debe conceptuarse como valor que corresponde al dueño del suelo, que lo ha producido en virtud del uso que de los mismos ha hecho y de la situación en que los ha colocado. El valor que una piedra labrada, y formando una cornisa ó un peldaño de una escalera, adquiere, comparado con el que tiene cuando estaba en la cantera por arrancar y labrar, es realmente un valor en cuya elaboración nada se debe al propietario de la cantera. Débese, por el contrario, al constructor, y por esto creemos que el valor debe estimarse según el que los materiales tuviesen al ser utilizados, y tal creencia es la que legalmente se debe sostener. Por otra parte, cuando medie mala fe, en la indemnización de daños y perjuicios, al tenor del art. 1106, se debe comprender «no sólo el valor de la pérdida sufrida, *sino el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*», con lo que hay términos hábiles para que el que procede de mala fe no perjudique al dueño de los materiales, que pudo, empleándolos por sí, darles el valor que les dió el propietario del suelo.

El art. 360 concede al propietario de los materiales el derecho de retirarlos ó pedir su valor; pero lo primero sólo en el caso «en

que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construída, ó sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones ú obras ejecutadas».

Ahora bien: ¿cuál es la interpretación que en la práctica debe darse á esta disposición legal? Realmente lo que en el espíritu del Código parece percibirse, es que cuando los materiales ó plantas, por razón del empleo, pasan de la categoría de muebles á la de inmuebles, según el tenor de los números 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.°, 8.° y 9.° del art. 334, no cabe que el dueño de ellos pueda retirarlos. Por eso no estamos enteramente conformes con lo que opina un distinguido comentarista del Código civil, cuando al preguntarse si pueden ser retiradas por su dueño las máquinas, vasos, instrumentos ó utensilios destinados por el propietario de una finca á la industria y explotación que se realiza en un edificio ó heredad, y que directamente concurren á satisfacer las necesidades de la explotación misma, se decide por la afirmativa, pues para que la reivindicación no pudiese tener lugar, sería preciso que al retirar los objetos produjeran la destrucción total ó parcial de lo edificado ó construído. En primer término, tenemos á nuestro favor el mismo núm. 5.° del art. 334, y además las palabras del art. 360, que dice: *sólo pueden* retirarse los materiales *en el caso* de que pueda hacerse esto *sin menoscabo* de la obra construída, etc. Por consiguiente, el dueño de los artefactos no podrá retirarlos si estuviesen adheridos á la obra ó edificio de modo que no puedan sacarse de ella sin destruirla en todo ó en parte, sin *menoscabo* de la misma; pero podrá retirarlos, si estuviesen sueltos. Esto en el caso de que el hecho, por su índole, no constituya delito.

Si la construcción fuere demolida por el propietario del suelo, y demolida estuviere cuando el dueño de los materiales la reclame, ó bien la plantación estuviere separada del suelo cuando el dueño de las plantas las reclame, ¿puede éste, ó en su caso el de los materiales, retirar unos ú otras? Cuestión es esta muy debatida y acerca de la cual no hay acuerdo entre los autores. Unos se inclinan á considerar que por lo que respecta á los materiales no tiene derecho de reclamarlos el dueño, porque habiendo formado parte

integrante del inmueble, por accesión han pasado á ser propiedad del dueño del suelo, y no dejan de serlo por la demolición. Tal es la opinión, por ejemplo, de Ricci, con respecto al derecho civil italiano. Otros creen que cuando se trata de materiales, el dueño puede reivindicarlos una vez destruída la obra; pero no si se trata de plantas, que han podido adquirir mayor valor después de haberse desarrollado adheridas al suelo. Otros, por fin, opinan que puede el dueño reclamar los materiales ó las plantas. En rigor, si nos atenemos al texto literal del art. 360, que impide al dueño de las materias ó plantas retirarlos, cuando haya menoscabo en la obra ó perezca la plantación, y, por otra parte, pensamos en que ya no son inmuebles, creemos que debe sostenerse la última solución de las tres indicadas como la más conforme al pensamiento del legislador, si bien reconocemos que pueden hacerse no pocos argumentos en contra, sobre todo respecto de las plantas. Es este un punto acerca del cual no hay jurisprudencia aclaratoria.

III

Caso del que edifica, siembra ó planta en terreno ajeno con materiales propios ó con materiales ajenos.

Los artículos siguientes hasta el 365 inclusive, refiérense á las varias hipótesis que el Código civil admite en el segundo de los casos de accesión que dejamos señalados. Las plantaciones ó construcciones pueden ser hechas por un tercero en suelo de otro; en este caso hay que distinguir, en primer lugar, si el tercero fabricó ó plantó con materiales ó plantas propias ó de otro, y además, si fabricó con materiales propios, conviene ver si hubo de parte del tercero buena ó mala fe, así como si hubo una ó otra en el propietario del terreno.

Veamos ahora en detalle cómo regula el Código en los artículos siguientes, los casos indicados, empezando por estudiar cuando se construye, siembra ó planta en terreno ajeno con materiales propios, suponiendo la primera hipótesis de la buena fe.

ARTICULO 361

El dueño del terreno en que se edificare, sembrare ó plantare de buena fe, tendrá derecho á hacer suya la obra, siembra ó plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, ó á obligar al que fabricó ó plantó á pagar el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente.

Encuentra este artículo sus antecedentes, por una parte, en el párrafo 30 del tít. 1.°, libro 2.° de la Instituta y en el derecho patrio, en las leyes de Partidas, especialmente en la ley 41, título 28 de la Partida 3.ª El Código, sin embargo, aunque acepte estos antecedentes, viene á simplificar, mejorándolo, el casuismo quizá exagerado de la ley de Partidas, y hace esto lo mismo en este artículo 361 que en el siguiente, como luego veremos al señalarle los antecedentes en el célebre monumento legal. Por lo que al artículo que ahora comentamos se refiere, debe recordarse que las Partidas, tratándose de un tercero de buena fe, si era poseedor del terreno en que edificaba, sembraba ó plantaba, le concedían el derecho á cobrar el valor de los materiales, y aun el de reivindicarlos si el edificio se demoliese; si el que edificaba no era poseedor, sólo le asistía el derecho de reivindicar en su caso los materiales. El Código español prescinde por completo de la cualidad de poseedor ó no poseedor del dueño de los materiales. Sólo se fija para determinar efectos diferentes en la buena ó la mala fe. También prescinde el Código civil, muy oportunamente por cierto, de si el poseedor es rico ó es pobre, cosa que las Partidas tenían en cuenta. Realmente, dado lo que dispone el mismo art. 361 en sus relaciones con los 1922 y 1923, la distinción de las leyes de Partidas no hace falta alguna (1).

En cuanto á la concordancia de este art. 361 con las disposiciones análogas de los códigos extranjeros, conviene advertir que

(1) Disponían, como el art. 361 de este comentario, el 404 del Proyecto de Código de 1851, y 364 del de 1882.

si bien se corresponde con el art. 555 del código Napoleón y 450 del italiano, los términos empleados por el español, tanto para tratar del punto concreto ahora en estudio, como de los comprendidos en artículos sucesivos, son diferentes. El Código francés, y como él el italiano, no conceden al propietario el derecho de cobrar el precio, pero sí le conceden el de obligar al dueño de los materiales á que los retire. En cambio concuerda más exactamente nuestro Código con el art. 669 del código civil de Chile, y también concuerda con el art. 496 del de Guatemala, 825 del de Méjico, etc.

Según repetidamente hemos indicado, el art. 361 trata del caso en que el que plantó ó edificó en terreno ajeno, obró de buena fe. Para su acertada aplicación, lo primero que es preciso tener presente, es cómo y cuándo se ha de reputar al constructor de buena fe, para esto hay que atenerse al art. 433, según el cual se reputa posedor de buena fe al que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide; y además debe tenerse en cuenta el art. 434, según el cual la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor, corresponde la prueba.

Por supuesto, todo esto cuando se trate de un poseedor; pero cuando no se trate de esto, habrá que tener presentes las circunstancias del caso, para averiguar si el que edificó sabía que edificaba en suelo ajeno ó no.

Puede, con motivo de la buena fe, originarse una pequeña duda, relativa á la interpretación de aquélla en cuanto al tiempo. ¿Cuándo, en efecto, ha de existir la buena fe para que el artículo 361 tenga su aplicación y goce el dueño de los materiales de su beneficio? En primer término, al edificarse, plantar ó sembrar; y luego habrá de aplicarse el art. 361 en concordancia con el 435, que dice: «la posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente»; y con el 436 que establece la presunción de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario.

*
* *

Pasemos ahora á otra cuestión. El art. 361, respondiendo en principio al 353, declara al dueño del suelo con derecho á hacer suyo lo edificado, sembrado ó plantado, y en el supuesto de la buena fe del tercero, concede á éste el derecho á una indemnización. Es esta la primera de las dos soluciones que el citado artículo dispone, y de ella vamos á tratar inmediatamente, dejando para luego la otra solución, que nace de la disyuntiva que el artículo contiene.

¿Qué indemnización es la que el dueño del terreno debe pagar al de los materiales, si opta por hacer suya la obra, plantación ó siembra? El mismo artículo nos señala el camino. Ha de ser con arreglo á lo dispuesto en los artículos 453 y 454. Algún tratadista (1) encuentra ciertas dificultades al concordar estos dos artículos con el 361, porque el 361 sólo habla del derecho á *indemnización previa*, mientras el 453 establece en favor del poseedor el importantísimo derecho de retener la cosa hasta ser indemnizado, y el 454 no se refiere directa y exclusivamente á indemnizaciones, como veremos. Quizá hay cierta impropiedad en los términos empleados por el art. 361, quizá se procecedió con alguna precipitación; pero fuera de esto, en nuestro sentir, llegado el caso del precitado art. 361 deben aplicarse tal y como están redactados los artículos 453 y 454. En su virtud, al dueño de lo edificado, plantado ó sembrado, conceptuado como poseedor de buena fe, es preciso indemnizarle abonándole: 1.°, los gastos necesarios, pudiendo retener la cosa hasta que se le satisfagan; y 2.°, los útiles, teniendo igual derecho de retención; pero «pudiendo optar el que le hubiese vencido en esa posesión por satisfacer el importe de los gastos ó abonar el aumento que por ellos haya adquirido la cosa». En cuanto á los gastos de puro lujo, hay que atenerse al art. 454, aunque parezca algo contradictorio con el 361. Según el citado artículo 454, «los gastos de puro lujo ó mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiera embellecido la cosa principal si ésta no sufriere deterioro, y si el

(1) Sánchez Román, obra citada, vol. 3.°, pág. 160.

sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado».

Las razones en que se apoya el Código civil para determinar las diversas formas de resarcir los gastos útiles, necesarios y de puro lujo, serán expuestas al tratar de la posesión.

¿A quién debe abonar la indemnizacion el dueño del terreno? ¿Al poseedor tan sólo? Parece inferirse así de la alusión que el art. 361 hace á los artículos 453 y 454; pero no importa. A nuestro modo de ver, para tener derecho á la indemnización no hace falta ser poseedor. El art. 361 no fija esta cualidad como exigencia, antes bien, habla *del que* edificó, sembró ó plantó, luego, y al principio sólo dice: «el dueño del terreno en que se edificare, sembrare ó plantare.» No dice quién; puede, por tanto, ser el poseedor del terreno, ó el dueño tan sólo de los materiales empleados.

Aun hay otra cuestión: ¿á quién puede el tercero exigir la indemnización previa de que el artículo habla? Natural y directamente al propietario del suelo que reivindica. Pero pregunta á este propósito Laurent: «si el fundo, después que las construcciones han sido hechas, fué adjudicado á un tercero, ¿tiene el constructor acción contra el adjudicatario? Se ha dicho que la acción de indemnización debía dirigirse contra aquel que era propietario en el momento en que las construcciones hubieran sido hechas». El Tribunal de Casación de Francia decidió que el tercer poseedor podía dirigirse contra el comprador, salvo, por supuesto, el derecho de éste contra el vendedor (1).

A este propósito, son dignas de seria reflexión las consideraciones que hace Ricci comentando el art. 450 del código civil italiano. «Con la ayuda de los principios, dice, la cuestión es fácil de resolver. Cuando el tercero construye en suelo de otro, hace obra en provecho y utilidad de aquel que en tal momento es el propietario del suelo; de ahí que la indemnización debe ser cosa suya y de nadie más. Debe advertirse, además, que el nuevo propietario adquiere la cosa en el estado en que se encuentre, y por tanto ha

---

(1) Ob. cit., tomo 4.°, pág. 358.

pagado por ella al adquirirla todo lo construído; ¿cómo obligarle entonces á pagar de nuevo?» Sin duda, pues, aunque el tercero puede dirigirse contra el dueño actual del terreno, la indemnización debe correr á cargo de quien se ha aprovechado de la accesión.

El art. 361, en su segunda parte, fija una solución al conflicto de propiedades, que regula, que constituye gran novedad en nuestro derecho. Según se ha visto, el dueño del terreno puede obligar, si tal prefiere, al que edificó ó plantó de *buena fe*, á que le pague el valor del terreno, y al que sembró también de *buena fe* el valor de la renta; es decir, que el Código, aun despues de declarar que por accesión el propietario del suelo se convierte en propietario de lo edificado ó plantado, previene el caso en que, *previa indemnización*, el dueño de lo accesorío se hace dueño de lo principal. Verdad es que se trata de un derecho del dueño del suelo, lo mismo en el supuesto indicado que en el de siembra. Mas prescindiendo de esto, ¿es justa la facultad que el Código da al dueño del suelo en el artículo 361, en el caso de edificación ó plantación? Algunos comentaristas la conceptúan injusta, y como un extraordinario privilegio en favor de la propiedad territorial. Entienden que impone el Código una pena al poseedor de buena fe; y como advierte uno de los comentaristas aludidos, «no se ve claro el por qué de tal pena... al obligar al que obró de buena fe á quedarse con el edificio ó plantación, previo el pago del terreno que ocupa, porque si bien es verdad que cuando edificó ó plantó demostró con este hecho que quería para sí el edificio ó plantío, también lo es que el que edificó ó plantó de buena fe lo hizo en la errónea inteligencia de creerse dueño del terreno. Posible es que, de saber lo contrario, y de tener noticia de que había de comprar y pagar el terreno, no se hubiera decidido á plantar ni á edificar. La ley, obligándole á hacerlo, fuerza su voluntad, y la fuerza por un hecho inocente de que no debe ser responsable». Así podrá suceder; pero la realidad es que con ese hecho voluntario, aunque sea inocente, se ha enriquecido torticeramente con perjuicio de otro, á quien es justo indemnizarle.

En nuestra opinión, el Código ha resuelto el conflicto de la manera más justa y equitativa, y respetando en lo posible el principio

que para la accesión se establece en el art. 358. En la imposibilidad de que cada dueño conserve lo suyo por los inconvenientes de la comunidad forzosa, pues, si les conviene conservarla, podrán establecerla por un convenio especial, no obstante lo dispuesto en la ley, ésta establece la alternativa, en el supuesto de haber procedido ambos de buena fe, entre quedarse el dueño del terreno con la obra ó plantación, abonando al que la hizo lo que en ella hubiere gastado, ó ceder aquél á éste el terreno por su justo valor. Y como era preciso dar la elección á uno de los dos, se concede al dueño del terreno, en consideración á ser más antiguo su derecho, y más preferente también por el principio de la accesión. En esto no hay nada que implique pena, y si se forzara la voluntad del que edificó ó plantó obligándole á comprar el terreno, suya será la culpa, por ser la consecuencia de un hecho al que nadie le obligó. ¿Sería justo que se quedara con el terreno ajeno sin pagarlo?

Téngase presente que el art. 361, que estamos comentando, se refiere al caso en que ya se hubiere edificado ó plantado. Por consiguiente, si el dueño del terreno, al ver depositar en él los materiales ó las plantas, reclamase antes de que se realice la obra ó plantación, ó cuando todavía puedan retirarse aquéllos sin menoscabo de la obra ó sin que perezcan las plantas, no se regirá el caso por este artículo, y podrán retirarse los materiales ó plantas, con indemnización de daños y perjuicios, si los hubiere, en armonía con lo que se dispone en la segunda parte del art. 360.

Lo que no es injusto bajo ningún concepto es la facultad para exigir la renta por lo sembrado, exigencia que, por otra parte, encuentra su razón de ser, para diferenciar la solución del caso de edificación y plantación, en el carácter temporal de la siembra. Pasado el período más ó menos largo que la siembra necesita para producir sus frutos, la tierra vuelve á aquel estado en que ya desaparece el motivo para el conflicto de las dos propiedades, la del suelo y la de lo sembrado en él. La estimación de la renta ha de ser, naturalmente, cuando no se llegue á un acuerdo privado, asunto de tasación pericial, lo mismo que en los otros casos.

He aquí ahora una hipótesis no prevista en los términos explí-

citos del art. 361. Este dice que el dueño del terreno puede, ó hacer suyo lo edificado, plantado ó sembrado, *previa indemnización*, ó bien puede obligar al que edificó, plantó ó sembró á lo que hemos dicho; pero, si la edificación ó plantación ó siembra hechas en la finca le han perjudicado, ya estropeando la finca, ya privándole de hacer en ella otras obras más remuneratorias, y además no quiere deshacerse de la misma, ¿no tendrá derecho, pregunta el Sr. Navarro Amandi (1), á que se le indemnice de los daños causados por la edificación ó plantación? ¿No parece injusto que en este caso tenga el propietario del suelo, ó que privarse de éste, ó bien otorgar una indemnización al tenor de los artículos 453 y 454, sufriendo además los perjuicios que la edificación ó plantación le hubieren ocasionado? El derecho romano, recuerda el comentarista citado, permitía al juez decidir según las circunstancias del caso; pero copiando á Laurent, en quien el comentarista notoriamente se inspira, añade: «que no teniendo nuestros tribunales la amplitud de atribuciones que en Roma, deben ajustarse al precepto legal sin hacer excepciones fundadas en la equidad». Estamos conformes, en el supuesto de no mediar culpa ó negligencia, pues si la hubiese, sería aplicable el art. 1902.

Dos cuestiones es preciso examinar todavía para terminar con el art. 361. He aquí la primera: ¿Es aplicable el art. 361 al caso en que la edificación, siembra ó plantación fuese obra de un condueño? Aun cuando no haya aquí todas las razones que niegan tal aplicación en el código francés (según Laurent), estimamos muy aceptable la opinión de un distinguido tratadista de derecho civil español (2), en virtud de la cual, por regla general, no es aplicable la solución del referido artículo al caso indicado, pues aunque dicho artículo alude al supuesto de que tal edificación, plantación ó siembra se verifique por cualquiera, es de buen sentido resolver la cuestión por la doctrina de la comunidad de bienes ó condominio, más bien que por la de la accesión. Salvo tan solo la excepción

(1) Obra citada, tomo II, pág. 90.

(2) Sanchez Román, obra citada, tomo III, páginas 163 y 164.

rarísima de un concurso de muy especiales circunstancias que no hiciesen imposible la buena fe en el copropietario que edificó, plantó ó sembró.

La segunda cuestión á que nos referimos, es si el art. 361 es aplicable á aquellos casos en los que el que edifica, planta ó siembra sea arrendatario, enfiteuta ó usufructuario del terreno de que se trata. Indudablemente que no. El mismo autor citado entiende, de acuerdo con nuestra opinión, que deberán tales casos «resolverse con arreglo á los principios generales aplicables á tal supuesto en el arrendamiento, enfiteusis y usufructo».

ARTICULO 362

El que edifica, planta ó siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado ó sembrado, sin derecho á indemnización.

ARTÍCULO 363

El dueño del terreno en que se haya edificado, plantado ó sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra ó que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas á su estado primitivo á costa del que edificó, plantó ó sembró.

Reunimos para un solo comentario estos dos artículos, porque se trata en ellos de una misma cuestión: del caso ó hipótesis en que haya mala fe en el que edifica, planta ó siembra en terreno ajeno. Comentarista hay que censura el Código civil porque contiene las disposiciones copiadas en dos artículos: según él, el 363 debiera ser simplemente un apartado del 362. Sin que creamos que hay motivo para hacer de ello una censura, anotamos la opinión del aludido comentarista para dar fuerza al plan que seguimos en el presente comentario.

Los antecedentes de los artículos copiados no son muchos en el derecho patrio. Del art. 362 encontramos muy directo antecedente en el derecho romano, y por ende en las leyes de Partidas.

En efecto, la ley 43, tít. 28, Partida 3.ª, disponía que perdía el señorío de los árboles ó majuelos puestos en la heredad ajena á sabiendas y habiendo mala fe el que tal hiciere, y la ley 42 de los mismos título y Partida, dice también que «qual ome quier que labrase edificio ó sembrase en heredad ajena, abiendo mala fé, pierde cuanto labró ó sembró, pasando á ser del dueño del suelo». Añadiendo á continuación que «non puede nin debe cobrar *las despensas que y oviesse fechas en razon de aquello que y labró de nueuo*; mas las despensas que fiziesse por razon de los frutos en quanto oviesse la heredad, bien las puede descontar, quando oviesse á tornar al señor de la heredad los frutos, ó la estimación dellos». Hemos insistido copiando todo lo que queda copiado de las leyes de Partidas, porque conviene tenerlo muy en cuenta, dado el valor que como antecedente tiene el código alfonsino, al analizar el art. 362 y compararlo con lo que éste dice respecto de indemnización al que siembra en heredad ajena de mala fe.

Los artículos de este comentario concuerdan con los 405 y 406 del proyecto de 1851, y 365 y 366 del de 1882.

En cuanto á las concordancias con los códigos extranjeros, debe observarse que los códigos francés (art. 555) é italiano (artículo 450), no hacen las distinciones que determinan los artículos 362 y 363 del español, y así autorizan al dueño del terreno para exigir que el tercero que edificó ó sembró destruya lo edificado ó plantado, y retire á su costa los materiales y pague daños y perjuicios, si existieren. El art. 362 concuerda *casi* exactamente con el 886 del código civil de Méjico y con el 597 del de Guatemala, y decimos *casi*, porque ambos códigos al negar la indemnización de que habla el español, dicen *ninguna* indemnización, á diferencia de aquél que sólo dice indemnización á secas, lo cual no obsta para que sea tan absoluto un precepto como el otro. El art. 363 concuerda por su parte con los 887 y 598 de los códigos citados últimamente.

*
* *

Pasando ya á analizar el contenido de los artículos 362 y 363, contiénese en ellos el necesario complemento del 361, regulando la segunda de las hipótesis que pueden presentarse en el caso general del que edifica, planta ó siembra en terreno ajeno con materiales propios, determinando los derechos del dueño del terreno que *de buena fe, por su parte*, se encuentra con que otro edificó, plantó ó sembró en él, y las obligaciones del que tal hizo con mala fe. Los dos artículos á que nos referimos, implican dos soluciones posibles del conflicto práctico á que ambos aluden: ó bien el propietario del suelo se queda haciéndolo suyo con lo edificado, plantado ó sembrado que el otro pierde, ó bien obliga á éste á demolerlo ó arrancarlo á su costa. En rigor, tratase de una disyuntiva paralela en un sentido y supuesto contrarios á los del art. 361.

La cuestión primera de carácter general que en la aplicación del art. 362 se presenta, es la de decidir cómo debe entenderse lo relativo á la negativa de indemnización, por parte del dueño del terreno, al de los materiales, en el caso de la *mala fe* de este. ¿Ha de suponerse que la intención del legislador fué imponer, á manera de pena, al que edifica, planta ó siembra de mala fe en terreno ajeno la pérdida de todo, absolutamente de todo? Un distinguido comentarista opina que sí; ni aun le concede la ley á aquél, dice, «el derecho de cobrar los gastos necesarios que hubiese hecho para la conservación del predio en unos casos, para la producción de los frutos en otros. Todo lo pierde en justo castigo á su mala fe».

En efecto, todo lo pierde en justo castigo á su mala fe; pero es todo lo que hubiere gastado en edificar, plantar ó sembrar, que es á lo que se limita la ley, dando al dueño del terreno la facultad y el derecho de quedarse con ello, sin abono alguno por vía de indemnización; y si esto no le conviene, como puede suceder, el de poder exigir la demolición de la obra, y que se arranque la plantación ó siembra, reponiendo las cosas al ser y estado que antes tenían á costa del que edificó, plantó ó sembró. Para hacer uso de este derecho, podrá el dueño del terreno utilizar el procedimiento breve del interdicto de recobrar, si no hubiere transcurrido un

año desde el acto que lo ocasione, y por este medio obtendrá además el abono de daños y perjuicios y devolución de los frutos que hubiese percibido el demandado, como se previene en el art. 1658 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En cuanto á los gastos necesarios para la conservación del predio, el art. 455 del Código declara que el poseedor de mala fe tiene derecho á ser reintegrado de ellos; y aunque aquí no se trata de un poseedor de hecho ni de derecho, sino del que se intrusa en terreno ajeno sin tener la posesión del mismo y sabiendo que no es suyo, para edificar, plantar ó sembrar, creemos aplicable dicha disposición en el caso, que será bien raro, de que hubiere tenido que hacer gastos necesarios para la conservación de la finca. Al hacerlos, estaría ya en la posesión de hecho, por lo cual y porque, en todo caso, habría tenido que hacerlos el dueño, éste debe abonarlos en justicia por la misma razón que la ley le impone esta obligación á favor del poseedor de mala fe.

Y respecto de los gastos para la producción de los frutos, es preciso distinguir. Si lo sembrado está pendiente en la tierra sin haberse recogido el fruto, pertenece por accesión al dueño del terreno, y lo pierde el que sembró de mala fe, *sin derecho á indemnización* de ninguna clase, como lo ordena terminantemente el artículo 362: «pierde lo edificado, plantado ó sembrado, dice, sin derecho á indemnización»: esto es tan claro y terminante, que no admite duda. Pero, si al ser reintegrado en su posesión el dueño del terreno, están ya separados de la tierra y recogidos los frutos, no cabe el que se haga dueño de ellos por el derecho de accesión, y si el que sembró y los recogió es condenado á devolverlos, tendrá en este caso derecho á que se le abonen ó descuenten los gastos de producción, recolección y conservación, puesto que de los frutos han de deducirse dichos gastos, según el art. 356.

Contra la primera de estas dos hipótesis se objeta la disposición de dicho art. 356, según el cual, «el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación». Esta es, en efecto, la regla general, y muy justa por cierto; para esta regla tiene

la excepción, también justa á nuestro juicio, que establece el artículo 362 contra el que siembra de mala fe en terreno ajeno. El que esto hace á sabiendas, pierde lo sembrado, sin derecho á indemnización, por la presunción de que tuvo la intención y voluntad de hacerlo en beneficio del dueño del terreno; y si no tuvo esta intención, en pena de su mala fe. Dicho dueño hace suyo lo sembrado en virtud del derecho de accesión, mientras la siembra esté adherida al suelo; y como no es extensivo ese derecho á los frutos ya recolectados, por estar separados del suelo, si tiene derecho á ellos, habrá de percibirlos con la obligación que impone el art. 356. Es lo mismo que ordenó la ley 42, tít. 28 de la Partida 3.ª antes citada, según la cual, el que edifica ó siembra en heredad ajena, habiendo mala fe, pierde todo cuanto allí edificó ó sembró, y sólo puede deducir los gastos hechos por razón de los frutos que deba *restituir en especie ó en dinero*, refiriéndose, por tanto, á los ya recolectados.

Abonan estas conclusiones nuestro antiguo derecho (las leyes de Partida antes citadas), de acuerdo con el romano, y el proyecto de Código civil de 1851, que sirvió de base al que estamos comentando, en cumplimiento de lo ordenado en la base 1.ª de las aprobadas por la ley de 11 de Mayo de 1888. Y entendidos y aplicados en su recto y natural sentido, del modo que acabamos de exponer, los artículos 362 y 363, no existe, á nuestro juicio, la contradicción entre ellos y los artículos 356, 453 y 455, que alguno les objeta, sin duda por no tener en cuenta la distinción de casos á que unos y otros se refieren.

* * *

Consideradas más especialmente las disposiciones que forman el contenido de ambos artículos 362 y 363, pueden presentarse varias cuestiones, que para ordenar la materia, reduciremos á las siguientes:

1.ª A pesar de lo que dicen, ó mejor de lo que no dicen, los artículos relativos á la hipótesis de la mala fe del que edifica,

siembra ó planta en terreno ajeno, ¿puede el propietario de éste decidirse por la solución que el art. 361 en su segunda parte, permite al mismo cuando el contrario obra de buena fe? Esto es, ¿puede obligarle á pagarle el precio del terreno al que de mala fe hubiese edificado, ó la renta si hubiese sembrado? Naturalmente, del texto de los artículos 362 y 363, nada cierto se deduce, pero puede inferirse, porque es de suponer que goce el propietario del terreno de los derechos que tales artículos implican, mas de aquellos otros que el Código (art. 361) le reconoce en el supuesto de la buena fe del tercero, renunciando á las mayores ventajas que aquéllos le conceden. Tal es la opinión del Sr. Navarro Amandi, que nos parece muy sensata.

2.ª Los dos recursos ó derechos que el Código civil concede al propietario en los artículos 362 y 363, ¿quedan completamente á su libre elección? ¿Trátase meramente de una disyuntiva, ó bien el propietario debe limitarse á ejercer el del art. 363 cuando, por ejemplo, la edificación, plantación ó siembra le perjudique? No cabe duda que el propietario es libre de tomar el camino que mejor le plazca, y que el dueño de los materiales no puede alegar por su *mala fe* título alguno que le ponga á cubierto de perjuicios que, después de todo, fueron por él buscados, en cierto modo á sabiendas.

3.ª La dureza con que el código civil trata al dueño de lo edificado, plantado ó sembrado en terreno ajeno de mala fe, ¿ha de entenderse en todo su absoluto radicalismo? ¿No podrá, por ejemplo, aquél retirar los materiales demoliendo la obra ó arrancando lo plantado, con abono de daños y perjuicios, siempre que todo ello se pueda hacer sin menoscabo alguno de la finca? No se encuentra en el Código disposición alguna que lo prohiba, y como en ese caso queda á salvo en toda su integridad el derecho del propietario del suelo, no creemos que haya de decidirse necesariamente, como hace algún conocido comentarista, que el Código no lo permita, á no ser que aquél se oponga reclamando el cumplimiento de lo que la ley ordena para ese caso.

4.ª En el supuesto de que el propietario opte por la solución

del art. 363, y en su virtud obligue al que edificó ó plantó á demoler lo edificado, ó bien á recoger lo plantado á su costa, ¿quién ha de aprovechar lo demolido ó recogido? No creemos que ofrece duda que ha de ser el mismo á quien se obliga á demoler ó á recoger, según el caso, pues aparte de que al decidirse por esta solución parece como que el propietario del terreno no quiere lo plantado, edificado ó sembrado, parece como que su voluntad se manifiesta oponiéndose á que la accesión se verifique, y no verificada la accesión, no hace suyo lo que accesorio se reputa.

Por último, para los efectos de los artículos 362 y 363, no importa que las obras hayan sido ejecutadas por un representante á nombre del dueño de los materiales, si se demostrase que éste procedió de mala fe.

ARTICULO 364

Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra ó planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe.

Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado á su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse.

Pocas palabras pueden decirse á guisa de comentario de este artículo. En rigor, la tarea puede reducirse á determinar sus antecedentes, fijar sus concordancias, indicar su razón y señalar algunas que alguien pudiera considerar como deficiencias. La aplicación práctica del precitado artículo á los casos reales de la vida, no ofrece dificultad alguna especial: podrá ofrecer en rigor aquellas mismas que se pueden presentar al aplicar el art. 361, al que se refiere.

Los antecedentes no los encontramos muy directos, especialmente en el derecho patrio. El derecho romano ofrece alguno cuando dice en la ley 5.ª, párrafo segundo, tít. 4.º, libro 44 del

Digesto: *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt*, añadiendo: *dolo cuim feci qui passus sum, eum œdificare, et non reddo impensas*. También puede verse algo que á antecedente se parece y como tal acaso deberá tomarse en la regla 25, tít. 34, Partida 7.ª

Este artículo es copia literal del 407 del Proyecto de código de 1851, y 367 del de 1882, y en cuanto á sus concordancias, pueden señalarse los tan citados artículos 555 del código Napoleón, y 450 del código italiano, con el 888 del código civil de Méjico, 669 del de Chile, etc., etc.

Por lo que á la razón del artículo se refiere, fácil es comprenderla. Como dicen las Partidas, quien se deja engañar á sabiendas, no puede querellarse como hombre engañado. Realmente, si los dos que se encuentran en lucha sobre la propiedad, han provocado el conflicto por su voluntad; á ciencia y paciencia del dueño del suelo, ante cuya vista las obras se han ejecutado, y con conciencia, por parte del que edifica ó planta, de que el terreno no es suyo, no hay razón alguna que abone derecho preferente en favor de ninguno de los dos; deben, por tanto, tratarse como si los dos hubiesen obrado de buena fe: la mala fe del uno, extingue y neutraliza en justa recíprocidad la del otro.

La deficiencia á que aludimos, que alguien quizá pudiera señalar, no sería sólo del art. 364, sino del Código mismo. En efecto, al ordenar la materia del derecho de accesión é indicar las diferentes hipótesis que en el caso segundo pueden presentarse, omitimos una que es la siguiente: cuando medie *mala fe* por parte del dueño del terreno, y *buena fe* por parte del que edifica, planta ó siembra. El Código civil comprende todas las demás hipótesis, como hemos visto, y si de esto no hace mención especial, es porque está comprendida en el art. 360, que es perfectamente aplicable al caso. *Por sí ó por otro,* dice dicho artículo, y sin duda alguna ese *otro* podrá ser el dueño de los materiales que con ellos edifica, planta ó siembra de buena fe en terreno ajeno, cuyo dueño lo consiente de mala fe.

ARTICULO 365

Si los materiales, plantas ó semillas pertenecen á un tercero que no ha procedido de mala fe, el dueño del terreno deberá responder de su valor subsidiariamente y en el solo caso de que el que los empleó no tenga bienes con que pagar.

No tendrá lugar esta disposición si el propietario usa del derecho que le concede el art. 363.

Trátase en este artículo, según se ve por su contexto, del otro supuesto del segundo caso de la accesión industrial en bienes inmuebles, á saber: cuando se edifica en suelo ajeno con materiales ajenos también. El conflicto de propiedad se complica por la intervención de una persona más, cuyos derechos hay que regular, ya que tal intervención determina un nuevo conjunto de relaciones posibles y necesarias, ó sea jurídicas.

Debe advertirse, ante todo, que el contenido del art. 365 es una novedad en nuestro derecho. La equidad tenía que sustituir la falta de estas disposiciones. Los antecedentes que al mismo podemos señalar, no los encontramos, por tanto, en ningnno de los monumentos legales en que más ó menos directamente solemos encontrarlos para la casi totalidad de las ocasiones: tales antecedentes, fuera en rigor del derecho positivo, están en el art. 401 del proyecto de Código de 1851 y en el 368 del de 1882. Sin duda alguna, el legislador se ha inspirado para prever el caso del artículo que comentamos, aparte de las necesidades provenientes de la misma práctica, en disposiciones del derecho extranjero, precisamente en aquellos con los que es preciso señalar las oportunas concordancias. Puede verse el art. 451 del código italiano, el cual dispone casi literalmente lo mismo que el primer párrafo del 365 del Código civil español. Este añade con notoria justicia el párrafo segundo para aquel otro caso en que el dueño del terreno no quisiere hacer suyo lo edificado ó plantado.

Las razones en que se apoya el Código para disponer lo que dispone en el art. 365, son en gran parte análogas á aquellas en

que se fundan algunos de los artículos que regulan el conflicto de propiedades en el caso de edificación ó plantación con materiales propios en suelo ajeno. En realidad, las mismas que hay para dictar el art. 360 en su primera parte y el 361, las hay aquí. El tercero que se supone intervino de buena fe, no debe, en modo alguno, ser perjudicado, porque otro haya hecho uso de materiales, que á él le pertenecen, para edificar ó plantar en suelo ajeno. Naturalmente, la primera acción personal del dueño de los materiales debe ir contra aquel que los ha empleado; pero desde el momento en que éste no es solvente, como el tercero no ha tenido arte ni parte en la edificación ó plantación, debe ser indemnizado por el dueño del terreno á quien lo edificado, plantado ó sembrado va á beneficiar. Verdad es que éste puede no querer aceptar la accesión de lo unido á su predio, y en previsión de que así suceda, el presente artículo le concede el derecho á que alude el art. 363, es decir, el derecho de obligar al que haya sembrado, plantado ó edificado con mala fe á arrancarlo ó demolerlo, reponiendo la cosa al estado primitivo y á su costa. En tal caso, el dueño de los materiales sólo podrá dirigir su acción contra el que se apoderó de ellos, sin poder utilizar la subsidiaria contra el dueño del terreno.

El artículo que estamos examinando parte del supuesto de que no haya procedido de mala fe el dueño de los materiales, plantas ó semillas; pero nada dice sobre este punto respecto del dueño del terreno, ni del que edificó, plantó ó sembró con aquellas materias que no eran suyas; de lo cual se deduce, á nuestro juicio, que hayan procedido éstos de buena ó de mala fe, aquél podrá hacer uso en ambos casos del derecho que le concede el presente artículo. Si aquél hubiere procedido con mala fe, y la tendrá, según el párrafo 2.° del art. 364, siempre que el hecho se hubiere ejecutado á su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse, á los otros dos con buena fe, no tendrá derecho á indemnización, conforme á la regla del art. 362, por haber consentido el hecho. Y si hubiere habido mala fe de parte de los tres, se aplicará también el presente artículo 365 por la regla que establece el 364: la mala fe del uno purga ó compensa y extingue la de los otros.

Más dificultad podrá ofrecer el caso, cuando el dueño de los materiales y el del terreno hayan procedido de buena fe, teniéndola mala el que edificó, sembró ó plantó con materiales ajenos en terreno también ajeno: sin embargo, nos parece fácil la solución, ateniéndose al texto de la ley. Según el art. 358, lo edificado, plantado ó sembrado pertenece por accesión al dueño del terreno, y éste podrá quedarse con ello, ó hacer uso del derecho que le concede el art. 363 para obligar al que procedió de mala fe á la demolición de la obra, ó á que arranque la plantación ó siembra, dejando á su costa el terreno en el estado que antes tenía. Y á su vez el dueño de los materiales tiene el derecho, que le reconoce el art. 365, de reclamar el valor de ellos del que los empleó, y si éste resultare insolvente, del dueño del terreno. Preciso es respetar y conciliar estos dos derechos, y en la hipótesis antes indicada, creemos que con arreglo á la ley procede lo siguiente:

Si el dueño del terreno se queda con lo edificado, el de los materiales reclamará su valor del que los empleó en la obra, y si resulta insolvente, hecha excusión de sus bienes, reclamará dicho valor del dueño del terreno por la acción subsidiaria que le concede la ley. Y si éste opta por la demolición de la obra, obligando á ello al que la hizo, los materiales pertenecerán al dueño de ellos, el cual podrá reclamar su desmérito del que los hubiere empleado, sin acción subsidiaria en este caso contra el dueño del terreno. En todos estos casos, el que edificó está obligado por su mala fe á reparar el daño causado, tanto al dueño de los materiales como al del terreno, conforme al art. 1902, sin derecho á indemnización (art. 362). Y lo mismo se entenderá en los casos de plantación y siembra.

También puede ocurrir duda relativa á un caso no previsto en nuestro Código y que el de Chile resuelve expresamente en el párrafo último de su art. 668, con el que estamos de acuerdo. Es la siguiente: en el caso en que el dueño de los materiales los reclamase como suyos, cuando sólo están depositados en el predio sin haber edificado, plantado ó sembrado el que pretende usarlos, ¿podrá aquél retirarlos? Seguramente que sí, pues, entre otras razones, puede alegarse la de que aun no se ha verificado la incorpo-

ración exigida por la accesión. La ley se refiere á lo edificado, plantado ó sembrado, y no al caso en que no se hayan verificado todavía estas operaciones, aunque estén preparados los materiales para llevarlas á efecto, porque entonces no hay accesión.

IV

Diferentes casos de accesión de inmuebles: accesión natural (segundo grupo).

En la ordenación doctrinal que hemos juzgado conveniente hacer al principio de esta *sección segunda*, advertíamos cómo á continuación de la accesión industrial de inmuebles, trata el Código civil de la accesión natural, comprendiendo desde los artículos 366 al 374, ambos inclusive, las diferentes formas de esta accesión, que el derecho viene consagrando y admitiendo, á saber: aluvión (artículos 366 y 367), fuerza del río (artículos 368 y 369), mutación de cauce (artículos 370 y 372), y formación de isla (artículos 371, 373 y 374), con la variedad de casos que cada una de estas formas entraña, según inmediatamente vamos á ver.

Se ha discutido, y aun por algunos censurado, el orden seguido por el Código civil, al colocar la accesión natural de que ahora hablamos después de la accesión industrial, que comprenden los artículos anteriores de esta misma *sección segunda.* Sin insistir ahora respecto de la justicia ó injusticia de tal censura, conviene decir, que el Código civil no hace en ese punto concreto otra cosa que seguir el ejemplo del código civil de Napoleón y código italiano, los cuales en sus artículos 552 á 564 el primero y 447 á 462 el segundo, tratan por el mismo orden que el español del derecho de accesión con relación á las cosas inmuebles.

ARTÍCULO 366

Pertenece á los dueños de las heredades confinantes con las riberas de los ríos el acrecentamiento que aquéllas reciben paulatinamente por efectos de la corriente de las aguas.

ARTÍCULO 367

Los dueños de las heredades confinantes con estanques ó lagunas no adquieren el terreno descubierto por la disminución natural de las aguas, ni pierden el que éstas inundan en las crecidas extraordinarias.

ACCESIÓN POR ALUVIÓN.—*Antecedentes.*—Agrupamos bajo un mismo epígrafe el comentario relativo á los dos artículos copiados, porque en ellos se contiene lo que dispone nuestro Código civil tocante al derecho que se conoce en la legislación romana, en el derecho patrio y en los códigos modernos como derecho de *accesión por aluvión.* En uno de los artículos, en el 366, se fija el alcance de lo que se hace nuestro por el medio natural y espontáneo que el aluvión indica; en el otro, esto es, en el 367, se determina en qué caso no tiene lugar el derecho de aluvión, así como se afirma la persistencia del derecho sobre cosas que temporalmente pueden colocarse fuera de la acción directa de nuestra actividad personal.

Hablamos desde luego de aluvión, aun cuando el Código civil no usa la palabra, porque basta la simple lectura del art. 366 para comprender que del aluvión se trata sin duda alguna. En efecto: en este artículo se traduce en términos más ó menos expresivos y claros la doctrina romana referente al aluvión, al *incrementum latens* de que hablaba Justiniano. Por eso el antecedente que en primer lugar debe citarse de lo que se dice en el Código civil vigente en punto á la materia en que nos ocupamos, es el derecho romano, que terminantemente disponía de modo igual á lo que se determina en el artículo citado. *Quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit,* decía la Instituta, *jure gentium tibi acquiritur* (1). Por otra parte, lo dispuesto en el art. 367 encuentra también en el de-

(1) Párrafo 20, tít. 1.°, libro 2.°, Instituta. El aluvión lo difine diciendo: *incrementum latens, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momento adjiciatur.*

recho romano su precedente exacto, pues según el Digesto, *lacus et stagna, licet interdum crescant, interdum excrescant, suos tamen terminos retinent, ideoque in his jus alluvionis non agnoscitur* (1).

Naturalmente la doctrina romana no puede considerarse como el inmediato y directo antecedente del Código civil. La doctrina romana en este punto como en tantos otros, se hizo doctrina jurídica patria, mediante la introducción de los principales principios de la misma en nuestro derecho por las Partidas. Así que á más de los textos copiados de la Instituta y del Digesto, es preciso recordar los textos importantísimos de las leyes 26, tít. 28 de la Partida 3.ª (2) (para el artículo 366) y la 32 del mismo título y Partida (para el 367) (3).

Concordancias.—Pasando ahora á comparar nuestro Código civil en este asunto con lo dispuesto sobre análoga materia por los principales códigos extranjeros, nos encontramos como observación general, que la doctrina positiva respecto del derecho de accesión por aluvión, es bastante uniforme, por no decir completamente uniforme, como que puede asegurarse que en esta parte la doctrina jurídica romana se aceptó universalmente como doctrina jurídico-positiva.

Sin embargo, de la comparación en su detalles entre los artículos 366 y 367 de nuestro Código civil con los concordantes del código Napoleón y código italiano, que traduce, por decirlo así, al de Napoleón, se pueden señalar algunas diferencias, para que el lector aprecie si al apartarse de esos dos códigos aclara ó bien oscurece la materia el español. Por de pronto, éste reduce á dos las dis-

---

(1) Ley 12, tít. 1.°, libro 41 del Digesto.

(2) «Todo cuanto los rios tuellen á los omes poco á poco, de manera que non pueden entender la cuantia dello, porque no lo llevan ayuntadamente, que lo ganan los señores de aquellas heredades, á quien lo ayuntan, e los otros á quien lo tuellen, non han en ello que ver.»

(3) Hablando de las tierras cubiertas por las avenidas, dice: «Ca luego que sean (las tierras) descubiertas, e que el agua tornare á su lugar, usarán (sus dueños) de ellas tambien como en ante facian.»

posiciones legales contenidas en los dos códigos extranjeros citados en tres artículos de varios párrafos (556, 557 y 558 el francés, 453, 454 y 455 el italiano). Esta reducción se hace suprimiendo la definición legal del aluvión, no aludiendo explícitamente á la posible diferencia ente río navegable ó no navegable, por la salvedad que los primeros hacen por modo expreso en pro de ciertas servidumbres públicas, y no declarando, como después de todo hace la ley de Partidas, que en el caso de aluvión proveniente de los terrenos dejados en seco por el agua en una orilla, el dueño de los terrenos de la orilla opuesta no tiene derecho alguno.

¿Puede tomarse el proceder del Código civil español como un procedimiento de simplificación ventajosa? Realmente, la definición de aluvión es innecesaria: del contexto del art. 366 se infiere por modo indubitable. Además, los casos á que explícitamente aluden los códigos francés é italiano, hállanse implícitamente comprendidos en el mismo artículo, al emplear sin salvedad alguna la palabra ríos, y al afirmar, sin distingo de ninguna clase, que el acrecentamiento que las riberas reciben paulatinamente por efecto de la corriente de las aguas, es de los *dueños de las heredades confinantes*.

Por lo demás, los artículos 366 y 367 concuerdan con los artículos 381 del código civil de Portugal, 651 y 652 del holandés, 893 y 894 del de Méjico, 649 y 650 del de Chile, etc., etc., y reproducen los artículos 409 y 410 del proyecto de código de 1851, y 369 y 370 del de 1882.

Interpretación y cuestiones.—Veamos ya, con el detenimiento que el caso requiere, las cuestiones á que la aplicación de estos artículos pueden dar lugar, empezando por examinar en primer término el 366.

El acrecentamiento, dice éste, que reciben las heredades confinantes con las riberas de los ríos, pertenece á los dueños de aquéllas, esto es, el aluvión cede en favor del propietario del terreno situado á lo largo del río. Ahora bien, ¿por qué? En primer lugar, por una razón tan clara, que todos los tratadistas y comentaristas de estas disposiciones en los diferentes códigos civiles ano-

tan, á saber: porque el legislador ha querido compensar de ese modo á los ribereños de los daños que corren y experimentan sus fincas en virtud de las inundaciones ó de la fuerza destructora de las aguas, que lentamente pueden ir arrancando tierras de sus predios. Esto aparte de que, á poco que el derecho positivo se inspire en un justo principio de reprocidad entre el deber y el derecho, entre la carga legal y el beneficio que la ley puede declarar, no tiene otro remedio sino conceder á los propietarios ribereños el acrecentamiento de sus fincas por aluvión. Baste recordar que esa ley impone á los predios ribereños los gravámenes que implican las servidumbres forzosas de estribo de presa en beneficio de la industria y agricultura (artículos 554 del Código civil y 102 y 105 de la ley de Aguas), y de camino ó paso en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento (artículos 553 del Código, y 112, 116, 119 y 120 de la ley de Aguas).

Pero hay todavía otra razón que alega muy oportunamente el tratadista italiano F. Ricci. Consiste ésta en el propio interés de la industria agrícola, que pide que el acrecentamiento por aluvión sea del propietario ribereño. «¿Por quién, en efecto, puede cultivarse y aprovecharse mejor el terreno de aluvión, sino por el mismo propietario del fundo al cual se adhiere? Asignando á otro cualquiera una faja de tierra producida por el aluvión, aparte de que por sí sola no podría por lo general cultivarse, sería necesario imponer al propietario del fundo ribereño la nueva carga de una servidumbre, al objeto de facilitar el aprovechamiento de aquélla, lo cual además de no ser justo, sería muy ocasionado á litigios y contiendas» (1). Esto sin contar con que no es fácil encontrar modo ni motivo para atribuir esa propiedad á otro. En realidad, de no atribuirla al ribereño, en cuya finca se adhiere el crecimiento por aluvión, la propiedad de este acrecentamiento, ¿quién puede pretender tal propiedad? ¿Qué razones preferentes podrá alegar nadie para el caso?

Veamos ahora qué requisitos entraña esta accesión á que el

---

(1) *Corso teorico pratico di Diritto civile*, v. 2.°, pág. 231.

art. 366 se refiere, para que implique la adquisición á que en el mismo se alude. Son estos requisitos los que en rigor definen y distinguen el aluvión, á saber: 1.°, que el terreno en que el acrecentamiento se verifique, sea un fundo situado á lo largo de la ribera del río, y 2.°, que el acrecentamiento sea producto sucesivo y paulatino de la corriente de las aguas.

El primer requisito, claro y preciso, no exige mucha explicación. Cabe decir, ante todo, que el Código no hace distinción, para el caso presente, respecto de la naturaleza especial del fundo ribereño: tanto da que sea tierra meramente ó edificio. Por lo demás, pueden presentarse á guisa de dudas dos cuestiones de relativo interés. Una de ellas es si, en el caso en que la ribera del río y siguiendo la dirección de la finca, se construye un camino, carretera, ferrocarril, ó bien se establece un servicio público de análogo carácter, persiste el derecho del propietario de la misma al tenor del art. 366. Creemos que no, pues en rigor ha dejado éste de ser ribereño, pasando á serlo el Estado, la provincia ó el municipio, es decir, el que sea dueño de la construcción interpuesta entre el río y el fundo. La otra refiérese á si la carga que implica la servidumbre de paso, debida por los predios ribereños en beneficio de la navegación, flotación, pesca y salvamento, entraña la anulación del derecho del artículo que examinamos. Creemos que no en modo alguno, entre otras razones, porque tal servidumbre la hemos alegado poco ha como motivo del derecho fundamental y preferente del dueño del fundo ribereño al acrecentamiento de éste, proveniente de aluvión. Hay en realidad entre este caso y el anterior la diferencia de que, en el primero, el camino construído implica la adquisición por parte del Estado, provincia ó municipio del terreno, y en el segundo, el propietario del terreno sobre quien recae la servidumbre, lo es el del predio que la sufre.

El otro requisito entraña ya ciertas dudas más serias y difíciles de resolver. En efecto, según lo dispuesto taxativamente por el Código civil, para que el acrecentamiento por aluvión ceda en beneficio del propietario ribereño, ha de ser paulatino: sucesivo é imperceptiblemente, dice el código francés; imperceptible é insensible-

mente, dice á su vez el código italiano. Se comprende bien lo que esto quiere indicar, sobre todo, teniendo en cuenta los distingos que se hacen en los demás modos de accesión natural. Ahora bien: si el aluvión se forma de repente, ó por lo menos, si se manifiesta de pronto después de haberse formado debajo del agua, ¿se puede y debe aplicar el art. 366? No cabe discutir que el texto expreso de la ley parece oponerse. Entonces ¿cómo se resuelve la cuestión relativa á la pertenencia de ese terreno proveniente de aluvión? Algunos opinan que debe considerarse el caso como análogo al de formación de isla; otros, como si se tratara de mutación de cauce; otros, en fin, como si se tratase del caso de fuerza del río á que el art. 368 se refiere. Pero creemos que no hay razones serias en qué fundar tales soluciones, porque, en rigor, no se trata de nada de eso; trátase de una formación por aluvión que de repente, por una retirada inesperada de las aguas, ó por cualquiera otra causa, surge adherida á un predio ribereño, y debe resolverse la cuestión como el artículo 366 indica: primeramente, por el principio general de que donde las mismas razones se presentan debe aplicarse la misma disposición legal, y en segundo lugar, porque después de todo sería caer en una flagrante contradicción, tan flagrante como injusta, olvidar cuanto se ha tenido en cuenta para dictar el artículo citado al tratar de un caso que es casi idéntico en sus premisas y consecuencias. Esta opinión que sentamos, la sostiene también Goyena y es en realidad la más comunmente seguida.

Otra cuestión puede presentarse al interpretar la exigencia del mismo requisito segundo. Pide ó dispone el Código civil que el acrecentamiento provenga de la corriente de las aguas, y algunos preguntan: si el acrecentamiento paulatino se verifica en virtud de obras hechas por los dueños de los predios ribereños, ¿éstos no lo adquieren? Desde luego no puede afirmarse en absoluto ni que no lo adquieren ni que lo adquieren. El principio legal es que el acrecentamiento ha de ser «por efecto de la corriente de las aguas», es decir, natural, espontáneo. Pero esta exigencia no excluye otros derechos que el ribereño tiene, y en virtud de los cuales puede determinar la existencia de nuevas condiciones por las que

natural y espontáneamente se produzca el aluvión. Aludimos, entre esos derechos, al que asiste al dueño de un fundo ribereño para ejecutar, sin perjuicio de tercero, obras de defensa contra las aguas en el mismo. Si, como consecuencia de la ejecución de estas obras, resultaren acrecentamientos paulatinos y por efecto de la corriente de las aguas, nadie podrá disputar al dueño del predio en que tales acrecentamientos se efectúan la propiedad de ellos, con arreglo al art. 366.

Tomado el artículo citado en conjunto, ofrécense todavía algunas cuestiones más. Una de ellas es, si este derecho que concede el Código civil al propietario ribereño, puede ser legítimamente desconocido por el Estado, en virtud del que éste tiene de realizar obras de defensa contra las aguas ó en interés de la navegación, pesca ó salvamento. Desde luego respondemos que no. El derecho reconocido en el artículo 366, determina en favor de una persona una utilidad, un aprovechamiento, que si el Estado quiere hacer desaparecer ó apropiárselo, será siempre en virtud de la ley de expropiación por causa de utilidad pública.

Otra cuestión es la de si debe entenderse el art. 366 con relación nada más que á los propietarios ribereños de ríos, en el supuesto de que el empleo de esta palabra sola, por el Código civil, implique la exclusión de arroyos, torrentes, lagos, etc. No hay en realidad razón alguna para fundar tal exclusión, mucho más si se tiene en cuenta la necesidad imprescindible de relacionar constantemente cuanto el Código dispone en punto á aguas con la ley especial de éstas, que es su antecedente directo y su complemento. Ahora bien: en este caso el art. 47 de la citada ley declara el derecho á que se refiere el artículo 366 en favor de los dueños de fincas confinantes con arroyos, torrentes, ríos y lagos. Lo que no cabe discutir, y por eso es extraño que los comentaristas propongan el problema, es si el art. 366 se puede aplicar á los dueños de fincas confinantes con el mar, toda vez que para las relaciones que en este caso surjan, es preciso atenerse á lo dispuesto en la ley de 7 de Mayo de 1880.

Como, según acabamos de manifestar, el Código civil en mate-

ria de aguas debe ser completado con la ley de 1879 (1) al aplicar el art. 366, es preciso concordarlo con el ya citado art. 47 de dicha ley; de esta concordancia nace una limitación del derecho reconocido á los dueños de fincas confinantes con las riberas de ríos, por cuanto al afirmarse el derecho de éstos se dispone por el referido artículo que «los sedimentos minerales, que como tales se hubieren de utilizar, habrán de solicitarse con arreglo á la legislación de minas».

Para terminar, debemos añadir, aplicando á nuestro derecho las soluciones del notable tratadista Laurent, que el dueño del predio que recibe acrecentamientos procedentes de aluvión, no necesita acto de posesión expreso. La ley no lo exige y está en este punto terminante. El aluvión es del propietario ribereño desde el momento en que se manifiesta el acrecentamiento hecho y fuera de la acción normal de las aguas (2). Por otra parte, ateniéndonos á la declaración legal, advertiremos que la distribución del acrecentamiento proveniente de aluvión entre los ribereños se debe entender verificada sigiendo siempre la extensión de la línea de la propiedad confinante, quedando naturalmente á la apreciación de hecho y sobre el terreno la resolución de las dificultades que pueden surgir á causa de las irregularidades de las fincas y del cauce de los ríos (3).

No todos los tratadistas de derecho español consideran el caso á que alude el art. 367 como caso de aluvión, y así lo examinan como uno de los que pueden ocurrir en la mutación del cauce; pero proceden los que tal hacen equivocadamente. Por los términos empleados en el citado artículo, cuanto por su misma disposición, inmediato al que acabamos de examinar, el art. 367 regula

(1) No debe olvidarse el art. 425 del Código civil, que supone vigente la ley de Aguas, así como el 16 que conceptúa el Código como complementario de las leyes especiales.

(2) V. Laurent, Ob. cit., tomo 4.°, pág. 379.

(3) Laurent trae un croquis muy interesante y explicativo del modo de distribución de las tierras de aluvión, según Aubry y Rau. Puede verse en el tomo 6.° de la citada obra, pág. 381.

el derecho de accesión por aluvión, señalando una excepcion por virtud de la cual los dueños de las heredades confinantes con estanques ó lagunas no adquieren el terreno descubierto por la disminución natural del agua: verdad es que como compensación legal se declara que tampoco pierden el terreno que dichas aguas inundan en las crecidas extraordinarias. Por supuesto el precepto legal, por terminante que sea, no excluye la posibilidad de la pérdida ó adquisición de los terrenos á que alude en él, por prescripción.

Se han suscitado por comentaristas afanosos de señalar deficiencias y dudas en la aplicación de los artículos del Código civil, relativos á las aguas, algunas cuestiones, tales como las referentes á si se debe entender ó no que los efectos de la inundación de ríos, arroyos ó torrentes, perjudican en el sentido legal á los dueños de los predios ribereños. A nuestro modo de ver, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 425 del Código civil, y que éste no ha derogado, sino más bien confirmado, la ley de Aguas, esas dudas y confusiones desaparecen. En efecto, el art. 367 preve, como advierte el Sr. Sánchez Román (1), supuestos olvidados por el artículo 38 de la citada ley, y á su vez en el art. 40 de ésta encontramos el complemento de lo dispuesto por el Código al afirmar que «los terrenos que fuesen accidentalmente inundados por las aguas de los lagos ó de los arroyos, ríos y demás corrientes, continuarán siendo propiedad de sus dueños respectivos».

ARTICULO 368

Cuando la corriente de un rio, arroyo ó torrente segrega de una heredad de su ribera una porcion conocida de terreno y lo transporta á otra heredad, el dueño de la finca á que pertenecía la parte segregada conserva la propiedad de ésta.

---

(1) Obra citada, tomo III, pág. 154.

ARTICULO 369

Los árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas, pertenecen al propietario del terreno á donde vayan á parar, si no los reclaman dentro de un mes los antiguos dueños. Si éstos los reclaman, deberán abonar los gastos ocasionados en recogerlos ó ponerlos en lugar seguro.

FUERZA DEL RÍO.—*Principios generales.*—Siguiendo el procedimiento de distribución de materias iniciado con ocasión de la forma de accesión natural anterior, reunimos bajo un mismo epígrafe el comentario relativo á los dos artículos copiados, toda vez que en ellos se contienen las disposiciones legales relativas á otra forma de accesión natural, á saber, la conocida con el nombre de *fuerza del río.*

Las decisiones de los artículos 368 y 369 siguen en general la doctrina aceptada por las legislaciones antiguas y modernas, en cuanto todas ellas distinguen el supuesto que implica *la fuerza manifiesta del río* del supuesto del aluvión, para fijar efectos diferentes en lo tocante á la atribución de la propiedad de los terrenos y árboles que el río arranca de una propiedad y deposita en otra, de aquellos otros efectos que hemos visto fijados en los artículos 366 y 367. Los principios fundamentales á que las legislaciones responden tratando de la fuerza del río, son los siguientes: 1.°, derecho de parte del dueño del predio, de donde los arrastres de terreno y de árboles procedan, á reivindicarlos; 2.°, límites con relación al tiempo para el ejercicio de este derecho, respecto de los árboles y á veces del terreno, con atribución de la propiedad de aquéllos al dueño del predio donde fueran á parar, pasado el término que se concede para reivindicarlos.

Las legislaciones varían luego en una porción de detalles de aplicación de estos principios, como vamos á ver.

Antecedentes y concordancias.—Los antecedentes más calificados en el desenvolvimiento general histórico de la doctrina jurí-

dico-positiva que examinamos de los artículos 368 y 369 del Código civil, están en la legislación romana. Según ésta, el dueño de los terrenos ó plantas arrancados de una de sus heredades por fuerza del río, perdía el derecho de reivindicarlos, si se consolidaban en el nuevo predio. *Quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit,* dice el Digesto (1), *et vicino prædio attulerit, palam est tuam esse. Plane, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arboresque, quas secum traxit in eundem fundum, radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse.*

Las leyes de Partida aceptaron y trajeron al derecho patrio los principios contenidos en el derecho romano, declarando, de conformidad con él (2), que el dueño de los terrenos y árboles arrastrados no perdía el derecho de reivindicarlos hasta que se *consolidaran* en el nuevo predio á donde fueran á parar, en cuyo momento la accesión natural se habría verificado.

Nuestro Código civil, al recoger y aceptar estos antecedentes del pueblo rey y del derecho patrio, los modifica en parte en el sentido que antes ya, en cierto modo, siguieron el código Napoleón y el código italiano. En su virtud, nuestro Código quita la condición más *natural*, pero menos clara y más ocasionada á dudas, de la consolidación como exigencia para perder el derecho de reivindicar el dueño de los *árboles* arrastrados por el río, para fijar un término dado de tiempo. Realmente, el Código civil se limita, en cuanto á los árboles, á reproducir el art. 50 de la ley de Aguas de 1879, así como con respecto al terreno reproduce el 44 de la misma ley.

Señalando ahora las concordancias de estos dos artículos del Código civil, las tenemos en primer término con el artículo 559 del Código de Napoleón y con el 456 del italiano. En efecto, tanto el código Napoleón como el italiano en los artículos citados, se refieren al caso de arrastre instantáneo de una parte considerable y posible de reconocer de un predio, y conceden al propietario de

(1) Ley 7.ª, párrafo segundo, tít. 1.º, libro 41.

(2) Ley 36, tít. 28, Partida 3.ª

éste el término de un año para reivindicarla. El español, siguiendo á la ley de Aguas, determina, respecto del terreno, que pertenece al dueño del predio de donde procede, siempre que el arrastre sea de un trozo ó porción conocida, en cuyo caso no fija término para la reclamación; y respecto de los árboles no arrastrados con el terreno, sino arrancados y transportados por la corriente de las aguas, concede al dueño de los mismos el plazo de un mes para reivindicarlos.

Otras concordancias pueden señalarse. El 368 concuerda con el 654 del código civil holandés y con el 605 del de Guatemala, los cuales conceden seis meses para reivindicar; concuerda además con el 715 del Uruguay, que concede un año, y el 895 del de Méjico, que concede dos años, etc. Por su parte, el art. 369 concuerda con el 706 del código de Guatemala, que concede un término de seis meses, y el 896 del de Méjico, que otorga dos años.

Por último, debe recordarse que el art. 411 del Proyecto de código de 1851, concedía un año para reclamar lo mismo terrenos que árboles, mientras el 371 del Proyecto de 1882 no fijaba término para reclamar los terrenos, disponiendo sobre este punto lo mismo que el Código actual.

Interpretación.—Como el Código civil español se separa un tanto de los antecedentes romanos y patrios y de los códigos civiles extranjeros, en lo relativo á las reglas jurídicas á que se somete esta forma de *accesión posible* que implica la *fuerza de río* por *avulsión* (1), debemos, ante todo, investigar las razones en que el legislador debió apoyarse para adoptar el criterio que aparece adoptado.

¿Por qué, en efecto, se establecen las diferencias que suponen los artículos 368 y 369 de nuestro Código, para los casos en que lo que la fuerza del río segregue, sean tierras ó sean árboles?

(1) La palabra *avulsión*, derivada del participio *avulsum* del verbo latino irregular *avello*, que significa *arrancar con violencia*, aunque de uso poco frecuente, suele emplearse en el foro para significar lo que la fuerza del río arranca de un campo en una avenida repentina, y lo lleva á otro campo inferior ó á la ribera opuesta.

¿Por qué se prescinde de fijar un término dado para que el dueño del predio perjudicado por la segregación pueda reclamar cuando lo segregado son terrenos, y en cambio se fija el perentorio de un mes cuando lo segregado por el río son árboles? ¿No parecía más natural fijar el término para las tierras, ya que es más difícil de apreciar cuándo se *consolidan y unen* al predio donde la fuerza del río las lleva, que no respecto de los árboles, ya que no es fácil determinar cuándo arraigan? Un distinguido comentarista del Código civil español estima como injusta tal diferencia, y considera que hubiera sido más conforme al derecho «mantener en su dominio al dueño de la tierra segregada y al dueño del árbol arrastrado por las corrientes: conceder á uno y á otro acción reivindicatoria para reclamar; pero declarar extinguida esta acción pasado cierto tiempo, é impracticable cuando la tierra ó el árbol se hayan unido de un modo permanente al terreno á donde fueron á parar».

Esto parecerá al pronto lo más natural; mas en rigor, no hay tal injusticia, á nuestro juicio, y la diferencia que se establece está ajustada á los principios del derecho. Nótese bien que el art. 368 no se refiere á *tierras* arrastradas por la corriente y que el aluvión deposita en los predios ribereños, acrecentándolas á ellos por accesión ó sedimentación de las aguas; sino á una parte ó *porción de terreno*, más ó menos extensa, que la corriente segrega de una heredad ribereña, y con árboles y plantas, si los tiene, y lo demás que contenga en su suelo, la transporta á otra heredad ó la deja en medio del río, sin descomponerla, de suerte que sea conocida y no pueda dudarse que es el trozo segregado del predio á que antes pertenecía. Para cuando esto ocurra, declara dicho artículo con notoria justicia, y lo mismo el 374 respecto de la isla formada de ese modo, que «el dueño de la finca á que pertenecía la parte segregada *conserva la propiedad* de ésta». Si conserva la propiedad, si sigue siendo dueño del terreno, claro está que puede seguir y seguirá en posesión del mismo, bajo el amparo de la ley, lo mismo que antes del accidente, sin necesidad de entablar reclamación de ninguna clase, á no ser que sea perturbado en su derecho de propiedad, en cuyo caso podrá entablar contra el que le perturbe

el interdicto de recobrar, ó la acción reivindicatoria, dentro de los plazos y en la forma que la ley concede á todo dueño para el ejercicio de estas acciones. Por consiguiente, habría sido irregular y hasta contradictorio fijar plazo para una reclamación que no debe tener lugar en el sistema de nuestro Código.

Los códigos extranjeros antes citados y los demás que fijan plazo para dicha reclamación, aplicando estrictamente el derecho de accesión, parten del supuesto de que nos pertenece todo lo que se une ó incorpora á nuestro predio, y sólo por equidad, cuando es conocido el dueño de lo incorporado, le conceden que pueda reclamarlo dentro del plazo que fijan para ello, transcurrido el cual no se le concede acción alguna, y hasta se prohibe la admisión de la demanda que tenga por objeto dicha reclamación. El Código español ha procedido bajo otro punto de vista, más justo en nuestro concepto; da la preferencia al derecho de propiedad, y la conserva en su verdadero y legítimo dueño, en el que lo sea del predio de donde por la fuerza del río fué separada la porción de terreno, siempre que no haya duda sobre este hecho, sin que tenga que hacer reclamación alguna para seguir gozando y disponiendo de lo que es suyo. En tal caso no permite la ley los efectos de la accesión, por ser conocido el dueño del terreno agregado, y por no haberse confundido los dos terrenos que desde aquel momento resultarán colindantes.

Lo que sobre este punto dispone el art. 368 que estamos comentando está de acuerdo con nuestro antiguo derecho. La ley 26, tít. 28 de la Partida 3.ª, trasunto fiel de la del Digesto romano antes citada, dispuso que «quando acaeciesse que el río llevasse de una heredad ayuntadamente, assí como alguna partida della con sus árboles, ó sin ellos, lo que assí llevasse, non ganan el señorío dello aquellos á cuya heredad se ayunta», que es lo mismo que ordena dicho artículo: «el dueño de la finca á que pertenecía la parte segregada, conserva la propiedad de ésta».

Dicha ley de Partida, de acuerdo con el derecho romano, estableció una excepción para el caso en que por el transcurso del tiempo «raygassen los árboles en las heredades de aquellos á quien

se ayuntassen», ordenando que «entonces ganaría el señorío dellos (de los árboles) el dueño de la heredad do raygassen», pero indemnizando al dueño de éstos. El Código no ha aceptado esta excepción, porque, aparte de las dudas y cuestiones á que daba lugar, es notoriamente innecesaria.

Si el dueño de la finca á que pertenecía la parte segregada conserva la propiedad de esta parte, claro es que también conserva la de los árboles que en ella existan y que hayan sido transportados con el mismo terreno. Si, con el tiempo, las raíces de estos árboles se extendieren en la heredad, junto á la cual haya sido transportado el terreno, el dueño de esta heredad podrá hacer uso del derecho que le concede el art. 592 para cortar las raíces que se introduzcan en su suelo; pero nunca ganará el señorío de unos árboles, que en la hipótesis de que tratamos estarán plantados en terreno ajeno. Y si los árboles hubiesen sido arrancados y transportados por la corriente de las aguas, se resolverá el caso por el art. 369.

Según este artículo, «los árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas», no con el terreno en que estén arraigados, pues este es el caso del artículo anterior 368, sino los árboles solos ó separados del suelo, *arrancados*, como dice el artículo, «pertenecen al propietario del terreno á donde vayan á parar, si no los reclaman dentro de un mes los antiguos dueños». De suerte que el antiguo dueño conserva el dominio de sus árboles durante un mes, á contar desde el día en que fueron arrancados y transportados por la corriente de las aguas, puesto que se le concede ese término para reclamarlos; pero transcurrido el mes sin haberlos reclamado, supone la ley que aquél los ha abandonado, y declara que pertenecen al propietario del terreno á donde hayan ido á parar, el cual podrá utilizarse de ellos como tenga por conveniente. Eso mismo justifica la razón con que el Código ha fijado término, y un término corto y preciso, para reclamar en este caso, á diferencia del anterior, en que no había para qué fijarlo por conservar su propiedad, sin limitación alguna, el dueño del terreno arrancado por avulsión. Véase, pues, cómo no es injusta esa dife-

rencia, y cómo, al establecerla nuestro Código, se ha ajustado á lo que aconsejan la recta razón y los principios del derecho.

Ordena también el art. 369, que cuando el dueño de los árboles los reclame dentro del plazo fijado, «deberá abonar los gastos ocasionados en recogerlos ó ponerlos en lugar seguro». Si los árboles se hallan en el mismo sitio en que los dejó la corriente, nada tendrá que abonar; pero si el dueño ó encargado del predio inferior tuvo que valerse de algún medio para recoger los árboles y ponerlos en lugar seguro á fin de que no se los llevase la corriente, antes de entregarlos deberá ser reintegrado del importe de ese trabajo. Y si por estar los árboles en condiciones de ser transplantados, los hubiere plantado en su terreno el que los recogió, como medio de conservarlos, no por ello quedará privado el primitivo dueño de su derecho de reclamarlos, y habrán de entregársele si los pide dentro del plazo antedicho, sin tener para nada en cuenta si han arraigado ó no en el nuevo terreno; pero con la obligación de abonar todos esos gastos.

Creemos suficientes estas explicaciones para la recta inteligencia de los dos artículos de este comentario. Aplicándolos en su recto y natural sentido y en combinación con las disposiciones de la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879 sobre esta materia, que quedan en toda su fuerza y vigor, como las demás de la misma ley, en cuanto no hayan sido modificadas por el Código, será fácil la resolución de las cuestiones, que algunos escritores creen que podrán ocurrir en la práctica. Veamos cuáles son, indicando nuestra opinión sobre lo procedente en cada caso.

Cuestiones.—Si el dueño de la porción de terreno, segregada de su heredad por la corriente de las aguas, la abandona sin practicar gestión alguna que revele su propósito de conservar su propiedad, ¿á quién pertenecerá esa porción de terreno? Con el transcurso del tiempo ese dueño perderá su dominio y la acción para reivindicarlo, y cuando esto se realice, el terreno pertenecerá por accesión al dueño de la finca á que se hubiere incorporado, en virtud de lo que establece como regla general el art. 353 del Código.

¿Qué procederá cuando sea desconocida la procedencia del te-

rreno agregado por avulsión á una heredad? En tal caso, como también será ignorado el dueño de esa porción de terreno, no puede tener aplicación el art. 368, y tiene que regirse por la regla general de la accesión establecida en el art. 353 antes citado, si no puede estimarse como acrecentamiento paulatino para aplicar el art. 366. Por una y otra disposición, ese terreno pertenecerá por accesión al dueño de la finca ribereña á que se hubiere adherido ó incorporado.

El derecho de propiedad que el art. 368 del Código civil reconoce en el dueño á la porción de su heredad que se une á otra, ¿implica que deba recoger su tierra, ó bien que puede gozarla en el lugar al cual la violencia del agua la ha llevado? Comentando el art. 456 del código italiano el distinguido civilista Sr. Ricci, opina que el derecho se limita á recoger las tierras para transportarlas á la heredad de donde fueron segregadas, y no en modo alguno á gozarlas donde el río las hubiese depositado. Podrá prestarse á esta interpretación el contexto del código civil italiano; pero no ocurre lo mismo dentro de los términos del español. Según dicho artículo, el dueño de la finca á que pertenecía la parte segregada conserva la propiedad de ésta, y por consiguiente puede gozarla allí donde se halle, como ya se ha dicho.

El ejercicio de ese derecho no puede ofrecer dificultad cuando se trate de una porción de terreno que se haya unido por el lindero ribereño á otro predio; pero, ¿qué sucederá si se hubiere colocado encima de la otra heredad? Ni la ley de Aguas, ni el Código, ni ninguno de los extranjeros que hemos consultado, han previsto el caso, sin duda por considerar poco menos que imposible el que una porción tan considerable de terreno vaya flotando sobre las aguas sin descomponerse, como sería necesario para depositarla sobre la heredad inferior. Si ocurriese, el dueño de la porción de terreno reclamaría el derecho á la propiedad que le conserva el art. 368, y el de la otra finca el que tiene sobre ella, amparado también por la ley, la cual le da además derecho á todo lo que se une ó incorpora á su predio (art. 353). Para resolver este conflicto tendrán que ajustarse los tribunales á los principios ge-

nerales del derecho, como se ordena en el art. 6.º del Código, y lo procedente será que den á cada uno lo que es suyo; al dueño del terreno segregado, la propiedad del mismo, con la obligación de volverlo á su finca, ó á donde más le convenga, con abono de los daños que pueda ocasionar para verificarlo, y con la prevención de que si no lo exporta dentro del plazo que se le señale, quedarán las tierras á beneficio del suelo á que se hubieren incorporado, á semejanza de lo que se establece en el art. 369 respecto de los árboles; y á la otra parte la propiedad de su finca. Esto es lo que creemos justo y conforme á los principios generales del derecho.

Tampoco está previsto expresamente el caso que suele ocurrir en las grandes avenidas, de arrastrar la corriente de las aguas la tierra laborable y productiva, dejando estéril el terreno, depositándola en los predios inferiores. El dueño de la finca perjudicada no conserva la propiedad de esas tierras, porque no concurre la circunstancia del art. 368, de ser una porción conocida de terreno. Tampoco puede estimarse como aluvión comprendido en el 366, porque no es paulatino é imperceptible el acrecentamiento que recibe el predio inferior; pero es un hecho indudable que á él se han incorporado y unido esas tierras, y como nadie tiene derecho para reclamarlas, al dueño de ese predio pertenecen por accesión. Esto es lo legal, pero quizás no lo más justo. Si puede demostrarse que las tierras depositadas por las aguas en una finca son las arrastradas del predio superior, creemos sería justo aplicar la regla que para los árboles se establece en el art. 369; que pertenezcan al propietario del terreno á donde vayan á parar, si no las reclama dentro de un mes el dueño de la finca á que pertenecían.

Fuera ya de los términos estrictos del art. 368, pero íntimamente relacionado con los supuestos á que alude, presentan algunos comentaristas una duda, respecto de si el propietario de la porción de terreno segregada por el río conserva su propiedad, aun cuando no haya ido á unirse á otra heredad por *yuxtaposición* ó *sobreposición*. Y al presentar la duda, censuran el vacío del Código civil español, porque en su opinión no la resuelve. El caso, efectivamente, puede presentarse, pero hállase resuelto por la ley

de Aguas en el art. 45 de la misma, según el que «si la porción de terreno segregada de una ribera queda aislada en el cauce, continúa perteneciendo incondicionalmente al dueño del terreno de cuya ribera fué segregada»; y además viene á estar resuelto por el *mismo Código* en su art. 374, cuando dice que el dueño á que aludimos conserva la propiedad de su porción de terreno, «si queda separada de la heredad por la corriente».

Concluiremos indicando, por la relación que tienen con esta materia, que deben aplicarse á sus respectivos casos los arts. 48 y 49 de la citada ley de Aguas de 13 de Junio de 1879. El primero se refiere al salvamento de animales, maderas, frutos, muebles y otros productos de la industria, arrastrados por la corriente de las aguas: cualquiera puede recogerlos y salvarlos, pero presentándolos inmediatamente á la autoridad local, la que dispondrá su depósito ó su venta en pública subasta si no pueden conservarse, y anunciará el hallazgo en el mismo pueblo y limítrofes superiores; si dentro de seis meses lo reclama su dueño, se le entregará el objeto ó su precio, previo abono de los gastos de conservación y del derecho de salvamento, cuyo derecho consiste en un 10 por 100; y transcurrido aquel plazo sin reclamación, pertenecerá á quien lo salvó, también con abono de los gastos de conservación. Y según el 49, las brozas, ramas y leñas, que vayan flotando en las aguas, ó sean depositadas por ellas en terreno de dominio público, son del primero que las recoge, y las dejadas en terrenos de dominio privado son del dueño de la finca respectiva.

ARTICULO 370

Los cauces de los rios, que quedan abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen á los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva á cada uno. Si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otras.

Consideración general.—Desistimos de comprender el comen-

tario de este art. 370 bajo el título especial de la forma de accesión á que el mismo se refiere, que es la llamada *mutación de cauce*, porque para hacerlo sería preciso romper con la marcha seguida por el Código, y reunir para una sola explicación crítica é interpretación este art. 370 y el 372, por cuanto ambos tratan de la mutación de cauce, mientras el 371 se refiere, con los 373 y 374, á la formación de islas. Respetaremos, pues, en razón de la índole de este trabajo, el orden seguido por el legislador, y por el momento circunscribiremos las presentes consideraciones á la mutación de cauce á que el art. 370 alude.

Antecedentes y concordancias.—Los tiene este artículo directos y conformes con su solución, así como pueden señalarse concordancias *de asunto*, pero que implican una solución positiva distinta.

Los antecedentes están en la doctrina jurídica formulada por el derecho romano. El párrafo 21 del tít. 1.°, libro 2.° de la *Instituta* de Justiniano, es el que en este derecho cabe señalar. Por otra parte, nuestro Código civil sigue en el presente caso la dirección señalada por las leyes del Fuero Real (1) y por las leyes de Partida (2), así como se afilia, por decirlo así, en el grupo de los códigos modernos, en que figuran el código italiano con su art. 461, el de Méjico con su art. 897, el de Uruguay con su art. 719, el de Chile con el 654, etc., etc. Por fin, reproduce el artículo que examinamos el 373 del Proyecto de código de 1882, y confirma lo dispuesto en el art. 41 de la ley de Aguas de 1879.

Las concordancias á que aludimos, por cuanto entrañan disposiciones referentes al mismo asunto, pero con solución distinta, están en el art. 563 del código Napoleón, 607 del de Guatemala, 510 de la Luisiana, 647 del de Holanda, etc., etc., más el art. 412 del Proyecto de 1851.

---

(1) «Si el río, dice la ley 14, tít. 4.°, lib. 3.° del Fuero Real, dejara la madre por donde corriere, háyanla los herederos que fueren más cercanos.»

(2) La ley 31, tít. 28 de la Partida 3.ª, aludiendo al cauce que se queda en seco: «Decimos que debe ser de aquellos á cuyas heredades se ayunta, tomando cada uno en ello (en el cauce) tanta parte, cuanta es la frontera de su heredad de contra el río».

Solución del Código. Discusión de la misma.—¿Pero, en qué consiste la conformidad de la solución del art. 370 con los antecedentes señalados, y la disconformidad con los otros códigos extranjeros á que se acaba de aludir? En lo siguiente: en la atribución de la propiedad del cauce abandonado por el río, cuyas aguas cambian de curso naturalmente, á los dueños de los predios ribereños. Esta solución es la romana, la del Fuero Real, la de las Partidas, etc., etc.; mientras el código francés y los otros códigos con él citados, atribuyen la propiedad del cauce abandonado á los dueños de los terrenos por donde las aguas discurren de nuevo al verificarse la variante.

Ahora bien: el debate que entre los comentaristas de los diferentes códigos se entabla, recae sobre cuál de las dos soluciones es más justa. Si para formular el juicio con relación al Código civil español se atiende á las tradiciones que parecía natural se habían de seguir en la redacción de sus fórmulas, desde luego habrá que aplaudirle. El Código civil sigue al derecho romanoy al derecho patrio, y se aparta del derecho francés, contrario en este punto á nuestros antecedentes jurídicos. Pero no tiene este aspecto tan solo la cuestión. Hay otro más fundamental é importante, á saber: siguiendo nuestro Código la solución que se encuentra en los antecedentes del derecho patrio, ¿acertó á elegir la solución más justa? Algunos distinguidos comentaristas tachan de injusta la solución aceptada por el Código civil, fundándose en que sería más conforme á las compensaciones naturales de daños y beneficios, atribuir la propiedad del cauce abandonado á los dueños de los predios por donde las aguas discurren de nuevo, en la proporción misma en que hubieren sido perjudicados, que es lo que hacen el código Napoleón, el portugués, el holandés y otros de los ya citados. Al pronto parece esto muy razonable, pero sin duda tuvo presente el legislador, para no romper con la tradición jurídica patria y separarse de los códigos modernos más importantes, lo irracional que resulta la idea de compensar daños derivados por culpas que á nadie pueden atribuirse, daños fortuitos; y por otra parte, que la extensión, naturalmente limitadísima, de las por-

ciones en que el cauce abandonado pueda tener que distribuirse, atribuídas como propiedad de otros que no sean los dueños de los predios colindantes, no resultarían nunca tan beneficiables ni tan fácilmente aprovechables. Así que, si se debe tener en cuenta en alguna medida el interés general de la agricultura, que es interés de todos, este interés aconseja la solución del art. 370, como después de todo lo aconseja el derecho mismo, que preve menos dificultades jurídicas en la ocupación y beneficio de dicho cauce por los ribereños, que por cualesquiera otros propietarios.

Cuestiones.—La aplicación práctica de este artículo debe hacerse siempre teniendo en cuenta lo que acerca de los cauces dispone la ley de Aguas. En primer lugar, ha de partirse de la determinación jurídica del cauce, que el art. 32 de la citada ley de Aguas nos da. Es cauce ó álveo, dice este art. 32, de un río ó arroyo, «el terreno que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias». Ahora bien: esto sabido, el desarrollo de la disposición del Código civil no ofrece dificultad. Si por cualquier accidente *natural* la corriente de las aguas cambia de dirección y discurre formando nuevo cauce, el abandonado pertenece, bien al dueño de las fincas ribereñas del antiguo curso, si es que hay un solo dueño, y si resultan dueños distintos á los de las dos márgenes; y si en cada margen hay varios dueños de fincas sucesivas, la distribución del cauce abandonado se hace atribuyendo la propiedad del terreno que lo forma por mitad á los dueños de ambas riberas, siguiendo la línea paralela á las márgenes de cada finca; de suerte que ha de adjudicarse á cada uno la porción de terreno que confronte con su finca hasta la mitad del cauce, cuya línea divisoria ha de correr equidistante de uno y otro lado.

Pero ocurren aquí varias dudas.

Primera.—El Código civil, al atribuir á los dueños de las fincas ribereñas la propiedad de los cauces abandonados, añade que por variar *naturalmente* la corriente de las aguas; pero, y si la variación ocurre en virtud de operaciones ejecutadas en el cauce, en razón de cualquier obra que se haga, el cauce abandonado ¿de quién es? Un ilustrado comentarista opina que este caso no tiene

legalmente solución. Algún otro comentarista cree que la solución está en la ley de Aguas, art. 43. La cuestión ofrece, sin duda, sus dificultades. Toda vez que parece ser uno de los fundamentos de la solución aceptada por el Código civil, al no atribuir la propiedad del cauce abandonado á los perjudicados por el nuevo curso de las aguas, lo fortuito del caso, pudiera pensarse que, cuando el caso no sea fortuito, debiera ofrecérseles, como compensación del daño que se les ocasiona, el cauce que se deja en seco. Pero esto no puede sostenerse, porque el perjudicado por la variación del cauce de las aguas debe ser indemnizado por el concesionario de la obra mediante el justiprecio del terreno que ocupe el nuevo cauce y la valoración de todos los daños que se le sigan. ¿Deberá entonces atribuirse la propiedad á los ribereños en las mismas condiciones que indica el art. 370 del Código civil? El Sr. Ricci opina que sí, y dice que, en todo caso; «y de cualquier manera que el abandono del antiguo lecho sobrevenga, éste pertenece á los ribereños» (1), según lo dispuesto en el artículo de que trata. Pero, á nuestro modo de ver, no puede aceptarse esta solución en absoluto, pues habrá que tener en cuenta la calidad de las obras que se ejecuten y que ocasionen la desviación de las aguas, examinando las condiciones de la concesión, puesto que no pueden hacerse sin la autorización competente, según el citado art. 43 de la ley de Aguas, y relacionándolo todo con lo que dispone la ley de expropiación por causa de utilidad pública. Sólo en el caso de que el cauce antiguo no se adjudique al concesionario de la obra y quede abandonado, podrá repartirse entre los ribereños, conforme al artículo que estamos comentando.

Segunda.—Los nuevos ribereños que se estimen perjudicados con el curso tomado naturalmente por las aguas, ¿podrán ejecutar obras para llevar las aguas por su antiguo cauce? Cuestión es esta que habrá de resolverse al tratar del art. 372.

Tercera.—Y los ribereños del cauce abandonado, si estiman que el cambio del curso de las aguas les perjudica, ¿podrán ejecu-

---

(1) Ob. cit., tomo 2.°, pág. 139.

tar trabajos para llevar las aguas otra vez por el cauce antiguo? Ni del tenor literal del art. 370 ni del 372, que luego veremos, nada de esto se infiere; el ribereño del cauce antiguo adquiere la propiedad en el tanto correspondiente del mismo, y nada más; no tiene derecho alguno sobre la dirección que las aguas tomen. Por otra parte, ningún particular puede lícitamente desviar á voluntad la marcha de los ríos, y mucho menos puede privar á otro de las ventajas naturales que resulten para sus fincas del cambio de dirección en las aguas y de la formación del nuevo cauce. Pero puede hacerlo con la autorización correspondiente, conforme á la ley de Aguas, y lo que es permitido á un particular, no puede negarse á los ribereños interesados. Por consiguiente, éstos, por su exclusiva voluntad, no podrán ejecutar obras para que vuelvan las aguas á su antiguo cauce; pero podrán hacerlo con autorización del Ministro de Fomento, ó de la autoridad competente para ello, previo el oportuno expediente.

ARTÍCULO 371

Las islas que se forman en los mares adyacentes á las costas de España y en los ríos navegables y flotables, pertenecen al Estado.

De la accesión conocida con el nombre de *formación de isla* se trata en este artículo y en los 373 y 374, resolviendo las diferentes posiciones del problema jurídico-práctico que entraña la materia. Son éstas, al tenor de las disposiciones del Código civil, tres, según que la isla se forme: 1.°, en los mares adyacentes á las costas de España y en los ríos navegables y flotables (art. 371); 2.°, en los ríos, se supone que no navegables ni flotables, y por sucesiva acumulación de arrastres superiores (art. 373); y 3.°, cuando se divide en brazos la corriente del río, dejando aislada una heredad ó parte de ella (art. 374). Nos ocuparemos ahora del primer caso, que es al que se refiere el presente artículo.

Antecedentes y concordancias.—No tiene lo dispuesto en el artículo 371 antecedentes directos muy completos y conformes en el

derecho patrio, ni en el derecho en que más constantemente se inspira el derecho patrio, esto es, en el derecho romano. Respecto de las islas formadas en el mar, el derecho romano (1) las consideraba, como las Partidas (2), *res nullius*, adjudicándolas al primer ocupante. Las Partidas disponían que la isla nueva que apareciera en el mar, entrase en el patrimonio del que primeramente la poblase, y bajo la jurisdicción ó señorío de quien fuese el soberano del lugar en donde la isla apareciese. No estaba tan desprovista de razón la solución de las Partidas, como los rutinarios del derecho civil suelen creer, pues se señala de modo admirable, dados los tiempos, una distinción exactísima entre la relación de propiedad (de *uso y aprovechamiento*), y la de la jurisdicción (política, de soberanía, de poder del Estado). Sin duda se partía de supuestos distintos de los del derecho moderno, refiriéndose á islas diferentes, pero supuestos estos del derecho moderno que no son ciertamente indiscutibles.

En cuanto á las islas formadas en los ríos, las dos antiguas legislaciones no establecían distinción alguna respecto de si eran ó no flotables y navegables los ríos, comprendiendo en una misma regla común á todos.

Los antecedentes realmente inmediatos de lo dispuesto por el Código civil en el artículo que examinamos, están en leyes especiales modernas que el Código ha respetado y se conceptúan vigentes. Para este caso, los antecedentes legales están en el art. 1.°, núm. 2.°, de la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880, en que se define la zona marítimo-terrestre y se la declara de dominio nacional y uso público, y además y sobre todo en el art. 3.° de la misma ley, que dice: «Son de propiedad del Estado las islas ya formadas ó que se formen en la zona marítimo-terrestre y en las rías y desembocaduras de los ríos considerados como puertos marítimos, según la presente ley». Y aunque no tan directo, puede reputarse como antecedente de la doctrina general de este artículo

(1) Párrafo segundo, tít. 1.°, libro 2.°, de la *Instituta*.

(2) Ley 25, tít. 28, *Partida 3.ª*

del Código civil el art. 34 de la ley de Aguas, que declara de dominio público los álveos ó cauces naturales de los ríos en la extensión que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias. En efecto, siendo de dominio público la zona marítimo-terrestre, y siéndolo también el álveo ó cauce de los ríos, las islas siguen en este art. 371 la condición de los medios donde se forman, y sobre todo, siguen la condición de las márgenes de mares y ríos, de cuyas tierras es natural que las islas se forman.

Por fin, nuestro Código concuerda en el caso de que hablamos con el art. 457 del código civil italiano, 560 del francés, con los 608 y 609 del de Guatemala, 597 del de Chile, etc., etc.

Interpretación.—No ofrece este artículo graves dificultades para su aplicación recta y adecuada, ni en esta aplicación se pueden presentar grandes dudas ni cuestiones. Respecto del mar, no cabe sino atenerse al precepto taxativo del Código, y en cuanto á los ríos, es necesario que éstos sean navegables ó flotables, cosa esta fácil y sencilla de averiguar, por cuanto según el art. 134 de la ley de Aguas, «el Gobierno, mediante expediente, declarará, por medio de Reales decretos, los ríos que en todo ó en parte deben considerarse como navegables ó flotables». Tan claro es este precepto, que aun en el caso en que se trate de un río en parte flotable ó navegable, y en parte no, no se pueden ofrecer dudas, pues por más que habla el Código civil en el art. 371 de *ríos*, sin aludir á la posibilidad de un río (y así sucede con casi todos los navegables y flotables), que en parte de su curso no esté destinado ni á la navegación ni á la flotación, y en parte sí, claro es que la interpretación recta entraña el supuesto de que la solución del art. 371 se refiere á la parte del río que está dedicada á cualesquiera de esos dos servicios de carácter público.

Por otra parte, el art. 371 no es aplicable á ciertos ríos á que la ley de Aguas alude en su art. 141, al decir que «cuando en los ríos no declarados flotables pueda verificarse la flotación en tiempos de grandes crecidas ó con el auxilio de presas movibles, podrá autorizarla, previo expediente, el Gobernador de la provincia, siempre que no perjudique á los riegos é industrias establecidas,

y se afiance por los peticionarios el pago de daños y perjuicios. Realmente estos ríos son flotables, de modo discontinuo unos, y de modo excepcional otros, y no de la manera que el art. 134 de la ley de Aguas supone, y á que sin duda el art. 371 del Código alude.

Una cuestión que no suelen tratar los comentaristas del Código civil español, y á que aluden los del código francés, como Laurent (1), y del italiano, como Ricci (2), es la de averiguar qué condición revisten las islas que según el art. 371 *pertenecen* al Estado en su calidad de *bienes:* ¿entran en el dominio público, según el art. 339, ó bien en el patrimonio del mismo con el carácter de propiedad privada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 340? Ricci resuelve la cuestión de plano, diciendo sin vacilar que pertenece al Estado como propiedad patrimonial. Igual solución sostiene Laurent, porque, dice, las islas están en el comercio: el Estado puede venderlas. Además, ambos se fijan en que tanto el código francés como el italiano admiten la hipótesis de la prescripción, en favor de un particular, de la propiedad de las islas; hipótesis inadmisible si se tratara de bienes de dominio público. En el Código civil español no se alude á esta hipótesis, pero no se enumeran en el art. 339 las islas entre los bienes de dominio público. Además, el art. 3.° de la ley de Puertos antes citada, conceptúa como propiedad (no de dominio público) del Estado las islas formadas ó que se formen en la zona marítimo-terrestre, ó en las rías y embocaduras de los ríos. Ahora bien: esto supuesto, creemos aceptables las soluciones de Laurent y Ricci en la aplicación de sus códigos respectivos, al aplicar el Código civil español.

ARTÍCULO 372

Cuando en un río navegable y flotable, variando naturalmente de dirección, se abre un nuevo cauce en heredad privada, este cauce entrará en el dominio pú-

(1) Ob. cit., tomo 6.°, pág. 390.
(2) Ob. cit., tomo 2.°, pág. 145.

blico. El dueño de la heredad lo recobrará siempre que las aguas vuelvan á dejarlo en seco, ya naturalmente, ya por trabajos legalmente autorizados al efecto.

Realmente no puede decirse, como algún comentarista ha afirmado, que este art. 372 sea inútil; muy al contrario, resuelve casos que posiblemente se ofrecen en la práctica, alguno de los cuales los tratadistas y comentaristas de códigos civiles extranjeros proponen y se ven obligados á resolver por aplicación amplificada de otros artículos, que también el mismo Código civil español trae (el art. 370). Si algún reparo, que no censura propiamente, puede oponerse á nuestro Código civil en el punto que examinamos, es relativo al orden que desarrolla en el tratamiento de las cuestiones y casos que la accesión comprende. En rigor, este art. 372 debiera ser el 371, por tratar de la misma materia que el 370, y con ese cambio de número resultarían juntos los que se refieren á la *formación de isla.*

Antecedentes.—Los tiene, aunque incompletos, este artículo en el antiguo derecho patrio. Su última parte, relativa á la declaración de propiedad en pro del antiguo dueño de una heredad que el río ocupe al cambiar de curso y deja al descubierto de nuevo, tiene sus antecedentes muy conformes en la ley 14, tít. 4.°, libro 3.°, del Fuero Real. A todo el artículo puede asignársele como antecedente exacto y directo la ley 31, tít. 28, Partida 3.ª En rigor, el art. 372 lo que ha hecho es reproducir literalmente el 42 de la ley de Aguas de 1879. Difiere bastante del texto que habían aceptado los Proyectos de código de 1851 y 1882.

Aclaraciones.—Es lo que acaso más necesita este artículo en que nos ocupamos; mas para hacerlas, conviene tratar por separado las dos partes de que indudablemente consta. La primera parte es la relativa á la declaración, según la cual el nuevo cauce abierto en heredad privada por cambio *natural* de dirección de las aguas de un río *navegable* ó *flotable,* entra en el *dominio público.* Considerado aisladamente este artículo, la duda que puede ocurrir es la siguiente: ¿es que acaso los nuevos cauces que por variación

natural en la dirección de sus aguas abren los ríos *no navegables ni flotables,* no entran en el *dominio público*? Si en el Código, ni en ninguna otra ley vigente, no hubiera acerca de la pertenencia de los cauces ninguna otra disposición, podría inferirse que, en efecto, tales cauces nuevos no entraban en el dominio público, quedando en el dominio privado. Pero no ocurre así. Por un lado la vigente ley de Aguas, en su art. 34, declara, sin hacer excepción alguna, que son de dominio público «los álveos ó cauces naturales de los ríos». Además, el art. 407 de la sección primera de las *Propiedades especiales,* en donde el Código civil traslada los principios sustantivos de las leyes vigentes acerca de las mismas, comprende como de dominio público «los ríos y sus cauces naturales». Es decir, que ni la ley especial de Aguas, ni el Código civil, al hacer la declaración de dominio público de los cauces de los ríos, hacen mención para nada de que estos ríos sean navegables ó flotables, ó dejen de serlo. Esto aparte de que, como muy oportunamente dice un ilustrado comentarista del Código civil español, si el dueño del terreno por donde va el nuevo cauce conserva la propiedad de éste, «¿cuáles son sus derechos?» Lo que acaso no hubiera estado mal, ya que el legislador reputó necesaria la disposición que examinamos del art. 372, es que no se hiciera alusión sólo á los nuevos cauces de ríos navegables ó flotables, sino á los nuevos cauces de todos los ríos.

La segunda parte es la referente á la declaración, según la que el dueño de la heredad por donde el nuevo cauce se abrió, recobrará el terreno ocupado por las aguas, siempre que éstas vuelvan á dejarlo en seco, ya naturalmente, ya por trabajos legalmente autorizados al efecto. La duda aquí es la siguiente: ¿esta declaración se aplica sólo en el supuesto de que el río sea navegable ó flotable? Ya al tratar del art. 370 anotamos la duda misma que ahora proponemos. En efecto, en el art. 370 se dice sólo que los ribereños adquieren la propiedad del cauce que el río abandona por la variante natural del curso de las aguas; refiérese á todos los ríos, y nada dice de la situación en que queda el dueño ó dueños del terreno por donde las aguas pasan al tomar su nueva direc-

ción: ¿es que éstos, cuando el río no es navegable ni flotable, no tienen derecho: 1.°, á la heredad ocupada por el río cuando éste naturalmente abandona el nuevo cauce abierto; 2.°, á ejecutar obras legalmente autorizadas para recuperar el terreno perdido?

Sin duda, cuando un río no navegable ni flotable *no abandona* su cauce primitivo, sino que abre uno nuevo, creemos que la doctrina del art. 372 es aplicable; pero en este artículo se alude, no al *abandono* por el río navegable ó flotable de su cauce, sino á la apertura de un cauce nuevo. Naturalmente, en este supuesto, ni en uno ni en otro caso, se lesiona derecho alguno al ejecutar obras para cegar el nuevo cauce; lo que simplemente se hace es, ó recobrar un derecho en suspenso por un acontecimiento fortuito, ó bien verificar trabajos legalmente autorizados para evitar los efectos perjudiciales ocasionados por ese mismo acontecimiento.

ARTÍCULO 373

Las islas que por sucesiva acumulación de arrastres superiores se van formando en los ríos, pertenecen á los dueños de las márgenes ú orillas más cercanas á cada una, ó á los de ambas márgenes si la isla se hallase en medio del río, dividiéndose entonces longitudinalmente por mitad. Si una sola isla así formada distase de una margen más que de otra, será por completo dueño de ella el de la margen más cercana.

Vuelve el Código civil á tratar en este art. 373 de la manera de accesión conocida bajo el nombre de *formación de isla*, que el artículo anterior interrumpe, como hemos visto. En este artículo se abarcan, según diremos luego, los diferentes casos de formación de isla por acumulación de arrastres superiores en los ríos, en cuyos casos las cuestiones que pueden ocurrir son siempre entre personas de carácter privado, á diferencia de las que supone el art. 371, en las que las cuestiones se zanjan atribuyendo la propiedad de la isla formada al Estado como tal, por derecho soberano

jurisdiccional, no en virtud de relación exclusivamente civil. La causa de la diferencia de soluciones que entrañan los dos artículos citados, estriba en lo que se manifiesta en el art. 371: allí se habla de islas formadas en el *mar* adyacente ó en los ríos navegables ó flotables, mientras en el art. 373 se habla de las islas formadas por acumulación de arrastres superiores en ríos; es de suponer, dada la redacción del art. 371, que sea en ríos *no* navegables *ni* flotables. Realmente, quizás no hubiera estado demás que el Código civil hiciera clara manifestación de que en este art. 373 se trata de ríos no destinados á ninguno de los dos servicios públicos de navegación ó flotación, como hacen los códigos civiles de Francia y de Italia, entre otros.

Antecedentes y concordancias.—Los antecedentes directos de este artículo están en el derecho romano y en las Partidas. El Fuero Real también tiene alguna ley que puede conceptuarse como antecedente en su sentido general (1). Pero los antecedentes á que aludimos tienen un valor muy diferente, y contra lo que podía esperarse, es más directo y conforme al antecedente del derecho romano, que lo es al del derecho patrio. En efecto, los legisladores que redactaron la ley de Aguas, la antigua y la vigente, y los redactores del Código civil, reformaron la doctrina de las Partidas y aceptaron la de la *Instituta* de Justiniano, en la cual, al determinar cómo debía hacerse la división de la isla, dice: «*tantum veluti linea in directum per insulam transducta, quisque eorum in ea habebit certis regionibus*» (2).

La ley 27, tít. 28 de la Partida 3.ª, disponía en general del modo mismo que dispone el art. 373 del Código civil, en cuanto atribuía la isla á los dueños de las heredades de las riberas de una *ú* otra parte, ó de una *y* otra parte, según los casos, que es lo mismo que hace el Código civil español; pero cuando la isla «non estuviere toda en la mitad del río contra ninguna de las partes, nin estuviese otrosí bien en medio dél, mas estuviese la

(1) Ley 14, tít. 4.°, libro 3.° del Fuero Real.

(2) Part. 22, tít 1.°, libro 2.°, *Instituta*, y ley 29, tít. 1.°, lib. 41 del Digesto.

mayor partida della de la mitad del río contra la una parte, que contra la otra: entonces deben tomar una soga que sea tan larga cuanto el río tuviere de ancho, é medirla; y después que la hubiesen medido, débenla doblar y señalarla en aquel lugar donde fuese mitad de ella, y de aquel punto ó señal en adelante, que hicieren en ella, débenla partir entre sí, según que sobredicho es: tomando cada uno tanta parte cuanta le cupiere según la frontera de su heredad»; solución esta, como se ve, bien distinta de la que acepta el art. 373 en su último extremo, ó sea en el caso análogo al que la ley de Partidas alude.

En realidad, en este como en todos los puntos en que el Código civil se refiere á cuestiones que se relacionan con la materia especial de aguas, limítase á reproducir la doctrina aceptada por la ley declarada vigente, y no sólo la doctrina, sino hasta la misma letra. En este caso el art. 373 del Código es copia exacta del 46 de la citada ley de Aguas, ordenándose en él lo mismo que proponían los artículos 417 y 375 de los Proyectos de código de 1851 y 1882 respectivamente.

Respecto de las concordancias con otros códigos extranjeros, podemos señalar las de los artículos 561 del código Napoleón, 458 del italiano, 644 del de Holanda, 900 del de Méjico, 610 del de Guatemala, etc., siendo de notar, en cuanto á los dos primeros, que ambos cuidan de fijar la naturaleza no navegable ni flotable del río, y que ambos se inclinan más á las soluciones del derecho patrio español antes indicado que nuestro propio Código, disponiendo que en el caso en que la isla se forme extendiéndose hacia ambos lados del río, se divida en todo caso entre los ribereños por la línea que se supone trazada por medio del río (1).

Explicación del artículo.—Lo primero que hay que determinar cuando se trata de aplicar el art. 373, es á qué islas alude. Ya hemos dicho antes á qué ríos se refiere (no navegables ni flotables); ahora es preciso decidir á qué islas formadas en esos ríos alude. El texto mismo del artículo lo da á entender con suficiente

(1) V. Laurent, ob. cit., tomo 6.°, pág. 391, párrafo 304.

claridad. No se trata: 1.º, de las islas que se forman en ríos navegables ó flotables, que, al tenor del art. 371, pertenecen al Estado; 2.º, ni de las que resultan cuando un río, abriendo un nuevo cauce ó formando un brazo, separa un trozo de terreno de una heredad, ó bien aisla esta heredad por completo, pues tales islas están comprendidas en el art. 374; y 3.º, ni de las que á veces se forman con el carácter de flotables ó movedizas, y aun fijas, por fuerza del río, que son del dueño del predio de donde esta fuerza del río las hubiese segregado, y cuya pertenencia en todo caso se regula al tenor de lo dispuesto en el art. 368. En este punto está mucho más claro el código italiano, el cual en su art. 459 advierte expresamente que las disposiciones de los artículos 457 y 458 (análogas á las de los artículos 371 y 373 del Código civil español) no se aplican al caso en que «la isla se forme con terreno segregado de la ribera por fuerza instantánea, y arrastrado al río ó torrente».

Las islas á que alude el presente art. 373 son, por tanto, las que se forman de modo paulatino por la acumulación sucesiva de arrastres superiores, es decir, aquellas islas cuyo terreno no puede determinarse definida y claramente de qué finca ó fincas proviene, aunque es natural provenga de las ribereñas, por el constante desgaste que ocasionan las aguas. En el fondo alúdese aquí á una manera de acumulación y formación de terrenos que tiene muchos puntos de semejanza con el aluvión, por lo que, aun cuando cierta solución especial del Código civil, en uno de los casos del art. 373 que luego señalaremos, necesita explicación particular, en general podrían reproducirse los argumentos que se adujeron al tratar de la adquisición por accesión en el aluvión, al determinar aquí de parte de quiénes debe estar el mismo derecho de adquirir por accesión las islas que por acumulación de arrastres superiores se forman en los ríos. Realmente tal derecho, como en el caso del aluvión, debe estar de parte de los dueños de los predios ribereños, delante de los cuales la isla se forme: sólo ellos pueden alegar un derecho preferente, que, por otra parte, apoyan también los intereses generales del cultivo y de la agricultura. ¿Quién, en verdad, podría como ellos y con más facilidad aprovecharse de las islas? ¿Qué

título podría aducir con el carácter de preferente al suyo nadie? Ni el Estado; porque, al fin, aunque el cauce se conceptúe de dominio público, la isla no se forma con el terreno del cauce, y su formación no desposee á aquél de derecho alguno. Los servicios públicos que motivan el dominio del Estado, quedarán siempre, en una ú otra forma, á salvo.

Pero aun cuando en principio sepamos de qué islas y ríos se trata, y á quién en general se atribuye la propiedad de aquéllas, la posición distinta que las mismas pueden ocupar, y la posibilidad del establecimiento de relaciones distintas también entre los ribereños de una y otra margen, ó de una margen misma y la isla formada, exigen ciertas explicaciones que determinan soluciones diferentes, según los casos.

Tres de éstos se pueden enumerar analizando el texto del artículo 373, á saber: 1.° Que la isla se forme *toda* ella de la mitad del río hacia una de las márgenes: el Código civil, siguiendo en este punto la doctrina general de los precedentes y de otros códigos, declara la isla propiedad de los dueños de las fincas ribereñas por la márgen hacia donde está la isla. 2.° Que la isla se forme en medio del río: el Código civil sigue de la misma manera los mismos precedentes y se ajusta á idéntica doctrina jurídica: la propiedad de esta isla se atribuye á los dueños de las heredades ribereñas, dividiéndose longitudinalmente por mitad. 3.° Que la isla se forme, no hacia una margen solo, sino de manera que diste más de una que de otra de las márgenes: aquí es donde el Código civil se separa de algunos de los precedentes indicados, y en lugar de atribuir la propiedad de la isla á los dueños ribereños, dividiéndola, no por mitad, sino según la línea que se supone media del río, de suerte que los de cada margen disfrutasen ó se apoderasen de la parte de la isla que está más cercana á sus fincas, el Código atribuye la propiedad de toda la isla al dueño de la margen más cercana. Es difícil, en verdad, justificar, desde el punto de vista de los principios, esta solución que el Código civil toma de la ley especial de Aguas, porque implica la rectificación de los fundamentos esenciales en que se apoyan las soluciones de los dos casos anteriores:

sólo puede explicarse acudiendo á razones de conveniencia, que son las que invocaba la Comisión al informar sobre el proyecto de la ley de Aguas de 1866. En efecto, entre salvar el principio y tener que sancionar la necesidad de distribuir las islas formadas en los ríos, de suerte que tal distribución pudiera resultar perjudicial á los intereses generales del aprovechamiento de las tierras, y proporcionar condiciones más favorables á este aprovechamiento, el legislador optó por este último extremo. La división de las islas formadas en la situación que el caso 3.° supone, implicaba la mayoría de las veces la partición de una pequeña extensión de terreno en parcelas realmente inexplotables.

Cuestiones.—No son muchas las que la práctica aplicación del art. 373 puede ofrecer. Hay tres, que acaso son las más principales, aun cuando los comentaristas no suelen ocuparse en resolverlas todas tres.

La primera es la siguiente: en el supuesto de que en cada una de las márgenes fronteras con la isla formada haya más de un dueño, ¿cómo se verifica la división de aquélla entre los ribereños ó frontistas de una misma margen? Debe hacerse tal división, como advierte Laurent, según las reglas indicadas al tratar del aluvión (1). Aquí, en la extensión longitudinal paralela á la margen y hasta donde llegue la propiedad en ésta de cada uno de los interesados (2), teniendo en cuenta el caso de que se trate; si es el primero ó el tercero, toda la isla se dividirá en esa forma entre los propietarios de una sola margen, y si es el segundo, la isla se dividirá en esa forma por mitad entre los propietarios de ambas márgenes.

He aquí otra cuestión que puede presentarse. ¿Qué ocurre cuando se forma una nueva isla en el cauce resultante entre una de las márgenes antiguas y la margen de una isla de tiempo ya formada? Al pronto parece que surgirán aquí complejas dificultades; pero, bien mirado, la solución es fácil. Debe, en verdad, apli-

(1) Ob. cit., tomo 6.°, pág. 391.

(2) Demolombe, ob. cit., tomo 10, pág. 94. Ricci, ob. cit., tomo 2.°, pág. 145.

carse en el supuesto á que aludimos de un modo directo y completo el art. 373, teniendo en cuenta que no hay salvedad alguna que hacer respecto de la condición jurídica del dueño de la isla antigua, el cual, para el caso de la cuestión, es un ribereño y nada más, que mantiene en punto á accesión fluvial con los demás ribereños frontistas las mismas relaciones que existen entre los ribereños de las márgenes opuestas.

La otra cuestión á que este artículo puede dar lugar, no de un modo directo, sino relacionándolo con otros del mismo Código civil, es la de si el usufructuario del terreno ribereño de un río adquiere el derecho de usufructuar la isla, ó bien ésta, por constituir una nueva finca, es del propietario. Pero aun cuando algún comentarista entienda que este es el lugar oportuno de resolver tal cuestión, á nosotros nos parece que en el desarrollo lógico del plan jurídico del Código civil, no puede la solución razonarse ahora, sino en vista de la interpretación que sea justo y oportuno dar al usufructo mismo, especialmente al explicar el alcance del art. 479.

ARTÍCULO 374

Cuando se divide en brazos la corriente del río, dejando aislada una heredad ó parte de ella, el dueño de la misma conserva su propiedad. Igualmente la conserva si queda separada de la heredad por la corriente una porción de terreno.

Antecedentes y concordancias.—Son los antecedentes legales de este art. 374 los mismos que venimos señalando en varios de los artículos anteriores: el derecho romano y las leyes de Partida, como antecedentes histórico-jurídicos de carácter lejano, y la ley de Aguas de 1879, como antecedente jurídico que puede estimarse de carácter inmediato.

Y no hay aquí grandes variantes. La doctrina del Código civil, en el artículo de que se trata ahora, es en sus lineamientos generales, y hasta en sus mismos detalles, la reproducción de la doc-

trina romana y la del código alfonsino. La ley 7.ª, párrafo cuarto, tít. 1.º, libro 41 del Digesto, decía: *Quod si aliqua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in forma insulæ redegerit, ejusdem permanet his ager, cujus ei fuerat.* Por su lado las Partidas consignaban que las islas formadas en las heredades á consecuencia de las avenidas de las aguas, no deben partirse, «ca non y ha otro ninguno que ver en ellas, si non aquel cuya es la heredad en que se faze, é en salvo finca el señorio que antes habia en su heredad, é non se le pierde por tal razon como esta» (1).

En cuanto á la ley de Aguas, el artículo que debe señalarse como antecedente del que comentamos es el 45. Sin embargo, esta vez el Código civil no se limita, como tantas otras, á copiar la ley; varía su redacción, ordenando el asunto y poniéndolo, sin duda, más claro. La ley de Aguas consideraba el caso como segregación de terreno por *fuerza* del río, y decía: «si la *porción* conocida de terreno segregado de una ribera queda aislada en el cauce, continúa perteneciendo incondicionalmente al dueño del terreno de cuya ribera fué segregado», que es, como se ve, lo que en términos diferentes dispone el art. 374 del Código civil en su *última parte.* Y añade la ley de Aguas, poniendo al final el caso con que empieza el Código: «Lo mismo sucederá cuando dividiéndose un río en arroyos, circunde y aisle algunos terrenos.»

Concuerda este artículo con los artículos 562 del código Napoleón, 459 y 460 del italiano, 713 del de Uruguay, 656 del de Chile, 901 del de Méjico, etc. etc.

Interpretación.—La aplicación de este artículo 374 no ofrecerá grandes dificultades, pues su doctrina, conforme, según hemos visto, á los antecedentes de nuestra legislación, no las ha presentado en las épocas anteriores al Código.

Puede, no obstante, ofrecerse una ligera duda que es preciso desvanecer. Teniendo en cuenta la distinción general que el Código viene estableciendo en artículos anteriores entre los ríos navegables y flotables y los no navegables ni flotables, para resolver la

(1) Ley 28, tít. 28, Partida 3.ª

cuestión de la pertenencia de la isla que en sus cauces se forma, ¿será preciso partir de tal distinción en este artículo 334? Es decir, este artículo, ¿se referirá á los ríos no navegables ni flotables, ó á todos los ríos? El código Napoleón, en su art. 562, está más explícito y claro que el español. Según él, en el caso de formación de isla á que aquí nos referimos, «el propietario conserva su campo, aunque la isla se haya formado en un río navegable ó flotable». El italiano viene á decir lo mismo y con igual precisión y claridad, añadiendo en el art. 459 que, en el caso en que el río sea navegable ó apto para el transporte, el Estado expropiará el terreno, pagando una indemnización proporcionada.

Ahora bien: ¿cómo debe interpretarse el silencio de nuestro Código? Teniendo en cuenta lo que dice terminantemente el artículo 371, en el cual, al atribuir al Estado la propiedad de una isla, se habla de la que *se forma* en ríos navegables y flotables, y lo distinto del caso presente, en que no se trate de tal formación de isla, sino sólo de un cambio de dirección en las corrientes de un río, que aisla una heredad ó parte de ella, ó meramente una porción de terreno, creemos que el Código civil, en el art. 374, alude á toda clase de ríos. Como dice Laurent, siguiendo á Pothier (1) «el antiguo dueño no puede perder su propiedad porque haya sido inundada por las aguas y se haya convertido en isla» (2).

La disposición copiada del código italiano, por la que se declara que, cuando la isla resulta en un río navegable ó flotable, el Estado puede hacerla suya previa indemnización, sugiere la duda de si en España podría hacer el Estado lo mismo. Realmente, si el Estado no puede pretextar el interés de la navegación ó flotación para hacerse desde luego propietario de la isla, no cabe duda que podrá hacerse con el terreno de que se trata, según lo que se dispone en la ley de Expropiación forzosa por causa de utilidad pública, pero no de otro modo.

---

(1) *Du domaine de proprieté*, núm. 162.

(2) Ob. cit., tomo 6.°, pág. 391, núm. 305.

SECCIÓN TERCERA

DEL DERECHO DE ACCESIÓN RESPECTO Á LOS BIENES MUEBLES

I

Ideas preliminares.

Comprende el Código civil en esta sección tercera otra de las clases de *accesión* que á su debido tiempo hemos procurado distinguir. Trátase de la accesión continua, de carácter industrial, en los bienes muebles.

Nada más complicado y de más difícil apreciación jurídica en la vida real, que esta materia á que ahora nos referimos. Las relaciones que supone son por sí mismas de una naturaleza tal, que muchos jurisconsultos han llegado á considerarlas de casi imposible determinación jurídica, dando á las soluciones legislativas aceptadas para resolverlas el valor de meras soluciones utilitarias, impuestas por la necesidad. Sin detenernos ahora á considerar este aspecto de la cuestión, que en rigor se ofrece en toda la accesión, no meramente en la de bienes muebles, aunque en éstos el aspecto indicado se evidencie más y más, lo cierto es que la accesión á que los artículos 375 á 383 se refieren, implica una serie variadísima de casos, que pueden ocurrir en virtud de las distintas combinaciones bajo las que es dable que en la vida práctica se junten los bienes muebles de diferentes dueños, ó los bienes de un dueño y la actividad de un tercero, sin mediar por lo común acuerdo tácito ó expreso de los interesados para que las combinaciones dichas se verifiquen. La dificultad surge primeramente en la manera de resolver el conflicto de derechos que tales combinaciones provocan, de modo que *a priori* se pueda fijar el criterio racional jurídico general, y luego en el modo de aplicar este criterio á la variedad de casos aludidos.

Pero al presente, es decir, en un estudio que tiene la forma y alcance de unos comentarios al Código civil español, no es oportuno detenerse á investigar filosóficamente los problemas que las

dificultades indicadas entrañan. Todo lo que puede hacerse para comprender el sentido y la dirección seguidos por nuestros legisladores, es atender á los resultados históricos de los derechos positivos más importantes en su acción ordenadora y específica, en este asunto de la accesión respecto á los bienes muebles (1).

El trabajo lento del derecho positivo, especialmente del derecho romano, que repercute más definido ya y más ordenado en el de los principales códigos civiles modernos, se ha dirigido sobre todo: 1.°, á determinar las formas según las cuales aquellas diversas uniones de objetos muebles ó de objetos y actividades pueden realizarse; 2.°, á determinar el principio general según el cual pueda decidirse el conflicto ó los conflictos jurídicos, ocasionados por tales combinaciones, al tener que atribuir la propiedad de las nuevas cosas resultantes, dejando naturalmente á salvo los derechos de todos; y 3.°, á aplicar este principio á las diferentes cuestiones que en la vida surgen, dadas las diferentes circunstancias en que las aludidas combinaciones cabe que se verifiquen.

No es del caso trasladar aquí las discusiones habidas, sobre todo entre los jurisconsultos romanos, acerca de la accesión de que tratamos y de sus diferentes formas y modos, así como respecto del carácter y naturaleza de las relaciones jurídicas que implica. Asunto es este que tiene, considerado en general, un puro interés histórico. Realmente lo que ahora importa es atender á los resultados alcanzados por el derecho positivo, señalando los principios más generalizados y las dificultades con que seguramente se tropieza al traducir estos principios en el articulado de los códigos, y al formular las soluciones adecuadas.

---

(1) Véase Laurent, ob. cit., t. 6.°, pág. 399; Lehr, *Droit civil germanique*, t. 1.°; Ricci, ob. cit., t. 2.°, pág. 148; Demolombe, ob. cit., t. 10, párrafos 182 y siguientes; Navarro Amandi, ob. cit., t. 2.°, pág. 104; Sánchez Román, ob. cit., t. 3.°, pág. 96; Azcárate, ob. cit., t. 3.°, pág. 40, nota.

II

Diversas especies de accesión respecto de bienes muebles.

Conocidas son de cuantos hayan saludado el derecho civil, las especies que generalmente se distinguen en la accesión continua en bienes muebles. El carácter común de todas es que se trata de la unión bajo formas nuevas, y en disposición tal, que la reposición de las mismas al ser y estado que las cosas tenían antes es imposible sin deterioro de las cosas mismas, bien de cosas muebles pertenecientes á distintos dueños, bien de cosas muebles y actividad ó trabajo correspondientes á sujetos distintos. La cuestíón y las dudas surgen, naturalmente, al determinar cómo se procede para que, sin destruir las cosas empleadas en el nuevo objeto producido, los derechos de los diferentes interesados queden á salvo.

En atención á la manera como las combinaciones de las distintas cosas pueden efectuarse, se dividen las accesiones que en éstas pueden resultar en tres especies: primera, *adjunción* ó *conjunción*, cuando dos cosas pertenecientes á distintos dueños se unen de modo inseparable, á no perjudicar su naturaleza; segunda, *especificación*, cuando con cosas ó materias ajenas se forma ó produce un objeto nuevo; y tercera, *conmistión*, cuando se mezclan cosas de diferentes dueños, llamándose especialmente *confusión* si la mezcla es de cosas líquidas.

III

Principio que rige esta accesión.

Ya queda dicho cuál es el conflicto que estas diversas especies de uniones de casos ó de cosas y de actividad personal pueden producir. ¿Cómo se resuelve? La atribución á cada interesado de su cosa en el primitivo estado es quizá imposible; entonces, ¿de qué manera se procede para no destruir la cosa nuevamente formada y dejar á salvo los derechos respectivos de los dueños diferentes, y

en su caso del especificador? Se procede considerando la cuestión como un modo de accesión, en virtud del cual se subordinan derechos á derechos que se conceptúan preferentes. El principio según el cual se deciden las cuestiones de este modo de accesión lo formulaban los romanos diciendo: *accesio cedit principali*: *lo accesorio cede á lo principal*. Según esto, lo que se procura es, por lo común, no despojar á nadie de sus derechos ni establecer privilegio en favor de ninguno de los interesados, sino, en cuanto sea posible y según las circunstancias del caso, transformar los derechos de cada uno de los que intervienen en el conflicto, resarciendo á todos sus propios y respectivos intereses, bajo la ley ó principio que implica la declaración de que lo accesorio cede á lo principal.

Entraña, según decíamos, una grandísima complejidad la aplicación del principio que acaba de verse formulado, pues será siempre de dificultad suma fijar qué es lo accesorio y qué es lo principal, y además será preciso tener en cuenta: 1.°, la forma ó especie de accesión, al tenor de las definiciones dichas, y dentro de ellas según las circunstancias particulares; 2.°, la manera de proceder los interesados, pues no es lo mismo que las uniones, confusiones y especificaciones ocurran mediando buena fe que mediando mala fe; y 3.°, la dificultad con que es dable tropezar para determinar el derecho de cada interesado, en razón de la posibilidad mayor ó menor de distribuir equitativamente la nueva cosa formada. Tiene, sin duda, mucho trabajo realizado el derecho positivo en la definición de la regla para la aplicación del principio fundamental cuando es preciso aplicarlo; pero aun, á pesar de esto, lo de la complejidad es tan exacto, que se demuestra, como vamos á ver, en las mismas legislaciones.

IV

Antecedentes legislativos y concordancias.

Considerada la materia en conjunto, pueden señalarse como antecedentes directos de nuestro Código civil las leyes romanas y las de Partida. Ahora bien: en estas leyes encontramos ya lo de la complejidad y dificultad á que antes aludíamos. Sin fijarse en

todas las causas de esta complejidad por nuestra parte señaladas, y conceptuando que toda dificultad del desarrollo *apriorístico* y práctico de la materia estriba en la determinación, cuando es necesario y posible, de cuál es en cada caso la cosa principal y cuál la accesoria, el tratadista Sr. Falcón dice lo siguiente: «Para vencer la dificultad propuesta se han dictado por los códigos, tanto antiguos como modernos, muchas y muy variadas reglas; pero esta misma variedad demuestra que no existe un criterio fijo y estable á que atenerse. Las leyes romanas y de Partida se envolvieron en un confuso casuísmo, presentando ejemplos más que principios. De aquel casuismo, sin embargo, se desprende que más que á la naturaleza de las cosas, atendían las antiguas leyes á la manera como se habían incorporado ó unido, teniendo generalmente por cosa principal á la que subsistía por sí, y por accesoria á la que se incorporaba para complemento, adorno ó comodidad. La regla la proclama el derecho romano. La ley 19, tít. 2.°, lib. 34 del Digesto, dice: *eum quœrimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei ornandœ causa adhibetur*. El mismo Sr. Falcón advierte que tal criterio no es siempre indiscutible, y por otra parte añade que para aplicar el principio y resolver los conflictos que la materia entraña, es de necesidad tener en cuenta la buena ó la mala fe de los interesados.

Pero donde se ve aun más claro el carácter necesariamente empírico y complejísimo del derecho aplicable á la accesión relativa á bienes muebles, es examinando las concordancias de esta sección tercera de nuestro Código civil con las secciones análogas de otros códigos, especialmente del código Napoleón y del italiano, que copia al francés. En efecto; estos dos códigos, al iniciar la regulación jurídica de la accesión relativa á las cosas muebles, disponen en uno de sus artículos (465 el primero y 463 el italiano), que «el derecho de accesión, cuando tiene por objeto cosas muebles pertenecientes á diversos dueños, se regula según los principios de la equidad natural.» Y añade: «Las reglas siguientes servirán de ejemplo al juez para resolver los casos no prevenidos, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares.»

Nuestro Código prescinde, y hace bien, de esta disposición general, que, después de todo, es innecesaria, como advierte oportunamente Laurent (1), y en cambio detalla algo más que estos códigos los casos posibles; pero de todas suertes el artículo copiado demuestra bien claramente lo que dejamos dicho.

V

Plan del Código civil español.

Viniendo ya al Código civil español, el articulado de esta sección tercera, que entraña todo lo referente á la accesión de bienes muebles, reconoce implícitamente las tres especies de accesión industrial que hemos distinguido antes, y por este orden: 1.°, *adjunción ó conjunción* (artículos 375 á 380); 2.°, *mezcla, conmistión ó confusión* (artículos 381 y 382); y 3.°, *especificación* (art. 383).

El desarrollo de la doctrina se hace en el Código civil en esta forma:

1.° Determinación del principio fundamental que rige la accesión: lo accesorio cede á lo principal. Declárase de un modo explícito, respecto de la *adjunción* ó *conjunción*, en el art. 375; de un modo implícito, respecto de la *especificación*, en el art. 383; no se aplica en los casos de mezcla ó confusión: artículos 381 y 382.

2.° Interpretación del principio para su aplicación: *a)* en la *adjunción*, los artículos 376 y 377; *b)* en la *especificación*, el artículo 383.

3.° Solución del conflicto por la distribución de las cosas: *a)* en la *adjunción*, el art. 378; *b)* en la *mezcla, conmistión ó confusión*, voluntaria ó casual, los artículos 381 y 382.

4.° Supuesto de la *buena fe*: *a)* en la *adjunción*, el art. 375; *b)* en la *mezcla ó conmistión*, los artículos 381 y 382, párrafo prime-

---

(1) En cambio, algunos comentaristas del código italiano aplauden que dicho código haya conservado esa disposición general tomándola del código francés, considerando que hay ocasión de acudir á ella para resolver ciertos casos imprevistos en el articulado. (V. Ricci, lugar citado.)

ro; *c)* en la *especificación*, el art. 383, párrafos primero y segundo.

5.° Supuesto de la *mala fe*: *a)* en la *adjunción*, mala fe del dueño de lo accesorio, el art. 379, párrafo primero; del de lo principal, el mismo artículo, párrafo segundo; de ambos, el mismo artículo, párráfo tercero; *b)* en la *mezcla*, el art. 382, párrafo segundo; *c)* en la *especificación*, el art. 383, párrafo tercero.

Pasemos ya al examen de lo que dispone cada uno de los artículos citados.

ARTICULO 375

Cuando dos cosas muebles, pertenecientes á distintos dueños, se unen de tal manera que vienen á formar una sola sin que intervenga mala fe, el propietario de la principal adquiere la accesoria, indemnizando su valor al anterior dueño.

Según la distribución que anteriormente dejamos hecha, en el presente art. 375 se trata: 1.°, de la *adjunción* ó unión, pura y simplemente, y 2.°, mediando buena fe. Pártese del supuesto esencial, según el que las cosas unidas no pueden separarse, por estarlo de tal manera, «que vienen á formar una sola»; y se sienta, por fin, el principio por el que se declara que en tal unión el propietario de la cosa principal adquiere la accesoria indemnizando de su valor al anterior dueño de ésta.

Antecedentes y concordancias.—Encontramos los primeros en el derecho romano. El Digesto consignaba esta doctrina al decir *«si quis rei suæ alienam rem ita adjecit, ut pars ejus fieret... dominum ejus totius rei effici»* (1). También pueden señalarse antecedentes en el derecho de las Partidas. Son varias las leyes del código Alfonsino que tratan de esta forma de la accesión, si bien pecan todas de cierta falta de cohesión y de orden, distinguiéndose especialmente por su casuísmo detallado, sin duda explicable, en razón de la naturaleza misma de la materia.

(1) Ley 26, párrafo primero, tít. 1.°, libro 41 del Digesto.

Para comprender de qué modo se traduce en el Código civil actual el derecho del citado código patrio, deben verse las leyes 36 y 37 del tít. 28 de la Partida 3.ª En la 36 alúdese al caso de unión por escritura, y en la 37 al caso de unión por pintura ó dibujo.

Concuerda el art. 375 del Código civil español con los artículos 566 del código Napoleón, 464 del italiano, 513 del de la Luisiana, 902 del de Méjico, 699 del de Uruguay, etc.

Conviene hacer notar que en este punto concreto de la adjunción, aun cuando el legislador español se ha inspirado en los preceptos y enseñanzas de los códigos extranjeros, tales como el francés, y quizás en este caso más aún el italiano, nuestro Código es más claro que el primero y está mejor ordenado que el segundo. En efecto, el art. 566 del código Napoleón hállase redactado en una forma que, como agudamente apunta Laurent, parece decir lo contrario de lo que realmente dice (1). De su contexto pudiera inferirse que para que haya accesión por vía de adjunción, es preciso que las dos cosas unidas sean separables, cuando es todo lo contrario lo que sin duda quiso disponer el legislador (2). En nuestro Código la cuestión está puesta con tal claridad, que no cabe en este respecto duda alguna.

Sostenemos que está mejor ordenado el Código español que el italiano, porque éste, en el art. 464, empieza por presentar el caso en que las cosas unidas pueden ser separadas sin notable (ó sin ninguno) deterioro, pasando luego á tratar en el mismo artículo del caso en que las cosas no son separables sino con deterioro notable de las mismas. Realmente, es más lógico el Código español, porque si de lo que se trata es de regular el derecho de accesión en el caso de adjunción, la cuestión que se presenta como verdadero caso de accesión, es la que regula el art. 375, es decir, cuando

(1) V. ob. cit., tomo 1.º, pág. 481, párrafo 314.

(2) He aquí lo que dice el art. 566 del Código francés: «Lorsque deux choses appartenant á differents maitres, que ont etè unies de maniere à former un tout, *sont neanmoins separables..., le tout appartient au maitre de la parte principale...*»

las dos cosas forman una y por las condiciones de la unión el dueño de la principal adquiere (por accesión) la accesoria. Si las cosas unidas son separables, entonces trátase de otra cuestión diferente, en la que no puede indicarse el principio que rige la accesión industrial y que el citado art. 375 formula, según hemos indicado, á saber, que lo accesario cede á lo principal.

Por lo demás, nuestro Código reproduce los artículos 416 y 377 respectivamente de los Proyectos de 1851 y 1882.

Explicación del artículo.—Trátase, según lo expuesto ya, del primer modo que hemos visto señalado entre los que pueden dar lugar al derecho de accesión, relativamente á bienes muebles: trátase de la *adjunción, conjunción ó unión.* Según la definición dada antes y supuesta en el art. 375, esta adjunción se verifica cuando dos cosas pertenecientes á diversos dueños *se unen* y constituyen un todo. Los caracteres distintivos de la adjunción en general son dos: 1.°, que entre las cosas unidas exista una relación de disposición de tal manera, que constituyan una nueva; y 2.°, que cada una de las cosas componentes de la nueva conserve su naturaleza propia. Este carácter último sirve para distinguirla de la confusión, que implica una mayor compenetración y hasta en ciertos casos descomposición de las cosas que se han *confundido:* así como la consideración de la relación de las cosas que se unen ó se funden, con los dueños que han de ser diferentes, es lo que distingue ambos modos de la especificación, donde lo que se une es la cosa de un dueño con el trabajo de un tercero.

La cuestión jurídica que la adjunción supone, es la siguiente: ¿cómo cada uno de los dueños de las dos cosas unidas pone á salvo el derecho respectivo á su cosa?

Dos hipótesis pueden presentarse en cuanto á la disposición de las cosas: 1.°, que no se puedan separar sin detrimento, y 2.°, que se puedan separar. El art. 375 se refiere sin duda á la primera hipótesis.

Otras dos hipótesis pueden presentarse en cuanto á los dueños: 1.°, mediación de buena fe, y 2.°, mediación de mala fe. El artículo 375 se refiere también á la primera.

Considerando la cuestión desde el punto de vista de las cosas que se unen y en la primera hipótesis, nuestras antiguas leyes, siguiendo al derecho romano, distinguían variedad de casos que el Código no distingue directamente, aun cuando alude á ellos para determinar las circunstancias diferentes en que el principio del artículo 375 tiene que aplicarse. Los casos que, de conformidad con las legislaciones aludidas, suelen formular los autores, son cinco; pero debe advertirse que no todos, y algunos no siempre, caen dentro de lo preceptuado en el art. 375, porque éste presupone la hipótesis de la unión de las cosas, de tal suerte que no puedan separarse sin detrimento, que vengan á formar una sola. Tales casos son: 1.°, adjunción por inclusión de una cosa en otra (la separación es posible); 2.°, adjunción por soldadura de una cosa en otra, v. gr., un brazo en una estatua (la separación es posible); 3.°, adjunción por tejido (la separación no procede); 4.°, adjunción por pintura (la separación no procede); y 5.°, adjunción por escritura (la separación tampoco procede).

Ahora bien: el art. 375, refiriéndose á los casos de adjunción en que no se puede verificar la separación (de los en que se puede habla el art. 378), y en que media buena fe, dispone que el dueño de la cosa principal adquiere la accesoria (principio fundamental) indemnizando al dueño antiguo de ésta del valor de la misma. Debe tenerse en cuenta para fijar la indemnización lo que dice el artículo 380, y que luego examinaremos.

Una cuestión puede presentarse en la práctica, á que el Código español no alude directamente, á saber: supongamos que la adjunción no es de dos cosas, como pide el art. 375, sino de tres ó más y pertenecientes á diferentes dueños: ¿cómo se procede? Según los códigos francés é italiano, se procede según *los principios de la equidad*, al tenor de lo dispuesto en el primer artículo de la sección que relativa á estos asuntos traen uno y otro, artículo á que nos referimos más arriba. Según el Código civil español, la solución tendrá que ser de conformidad con el art. 375 y siguientes, aplicados de una manera equitativa. En el supuesto de que la separación de las cosas no sea posible sin detrimento, lo que el juez ha-

brá de hacer es determinar, con arreglo á las disposiciones mismas del Código, cuál es la cosa principal, adjudicando al propietario de ella las accesorias y obligándole á indemnizar á sus dueños el valor de ellas, al tenor del art. 375 y según el 380.

ARTICULO 376

Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella á que se ha unido otra por adorno, ó para su uso ó perfección.

Siempre en el supuesto de que la accesión ha de verificarse por no poder separarse sin detrimento las cosas unidas, y en el de que ha mediado buena fe, este art. 376 fija el criterio general según el cual ha de aplicarse el principio fundamental de que lo accesorio cede á lo principal, señalando cuál de las cosas incorporadas debe conceptuarse como principal, y cuál como accesoria. En razón de la variedad de criterios que necesariamente exige la aplicación práctica del principio, á causa de las circunstancias diversas que en las relaciones humanas modifican el concepto que de las cosas se tiene, en este artículo fija el Código civil con gran claridad y lógica precisión la idea común y propiamente espontánea de lo accesorio y de lo principal, y en el artículo siguiente las modificaciones que esta idea recibe á causa de las condiciones bajo que las cosas se ofrecen á la apreciación y juicio comparativo de las gentes.

Para proceder con orden, aun cuando pudieran los artículos 376 y 377 examinarse en un mismo comentario, creemos deben ser examinados por separado, señalando primero el concepto general legislativo de las cosas accesorias y el de las principales.

Antecedentes y concordancias.—Están los primeros en el derecho romano y en las Partidas, quizá más en el primero que en las segundas. En efecto, el criterio adoptado por el Código procede de lo que decía el derecho romano al afirmar que, *cum quærimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei ornandæ causa adhi-*

betur (1). Las leyes de Partidas no contienen en realidad el criterio formulado. Hay en ellas, por ejemplo en las leyes 36 y 37, tít. 18 de la Partida 3.ª, la resolución de casos de adjunción que pueden conceptuarse como sugestivos de las soluciones del derecho moderno, y en vista de los cuales se procuraba antes del Código civil formular las reglas con sujeción á las que era preciso proceder en la práctica.

Las concordancias varían de valor en razón de no existir en las diferentes legislaciones un criterio conforme y fijo para señalar cuál cosa debe reputarse principal, y cuál accesoria. Nuestro Código civil sigue en este punto un criterio idéntico á los códigos francés é italiano. Ambos, el francés en su art. 567 y el italiano en el 465, consideran como cosa principal aquella á la cual la otra fué unida para uso, ornamentación ó complemento de la primera. En cambio otros códigos señalan como criterio general de aplicación del principio de la accesión, el que reputa como cosa principal la de más valor, y á falta de este el que resulte de la determinación de cuál de las cosas recibe la otra para su uso, perfección ó adorno. El código civil de Guatemala (art. 619) sigue fielmente esta solución.

El art. 376 del Código civil español que examinamos, reproduce los artículos 417 y 378 respectivamente de los proyectos de Código de 1851 y de 1882.

Explicación del artículo.—No entraña, en verdad, la interpretación de este artículo cuestiones generales, ni casos prácticos apreciables y definibles *a priori* en vista del conocimiento de los hechos positivos, que son los que pueden motivar las consideraciones aclaratorias del comentario. Las cuestiones á que puede dar lugar la aplicación del artículo, resultarán (verdadero casuismo) al apreciar debidamente las condiciones de cada caso para determinar cuál es la cosa que se debe reputar como principal, por ser la que recibe la otra á modo de adorno, para hacer posible su uso ó facilitarlo, ó para perfeccionarla. En un armario, el mueble todo

(1) Ley 19, párrafo 13, tít. 2.° libro 34 del *Digesto*. V. párrafo 26, tít. 1.°, libro 2.° de la *Instituta*.

es lo principal, la cornucopia será lo accesorio; en una estatua, el cuerpo será lo principal, el brazo lo accesorio, etc., etc. Lo importante aquí es, mientras sea posible, en el curso normal de una apreciación derecha de las cosas, discernir, dada su disposición respectiva, cuál es la que recibe la otra para los fines que dice el art. 376, y que no haya motivos para considerar en ellas y en sus disposiciones las condiciones objetivas á que se refiere el párrafo segundo del art. 377.

Ante la ausencia de cuestiones motivadas por la aplicación del artículo que examinamos, la tarea del comentarista tiene que contraerse á decidir si el legislador hizo bien ó mal en aceptar el criterio que acabamos de exponer é interpretar. En nuestro concepto, no podemos sino aplaudir sin reserva alguna el criterio sustentado en el art. 376. Fuera de que lo sugerían los antecedentes y de que lo sugerían también códigos tan importantes como el francés y el italiano, el criterio es el que se induce de la naturaleza misma de las cosas, sobre todo si se tiene en cuenta que al aplicarlo ha de hacerse con las excepciones que la misma naturaleza de las cosas impone. ¿Cuál es, en verdad, sin tener en cuenta las complicaciones que entraña la vida social y el aprecio vario que de las cosas se hace en razón de estas complicaciones, cuál es la que se reputa al pronto como principal entre dos cosas que se unen? La más *substantiva*, si así puede decirse, la que en rigor recibe la otra, la que, considerado el nuevo objeto que de la adjunción resulta, se reputa como el todo, siendo la otra una parte que viene por añadidura, ó á adornarlo, ó á facilitar su uso, ó á perfeccionarlo. El cambio que esta primera definición y concepto de lo principal y de lo accesorio puede experimentar haciendo que lo principal se convierta en accesorio y viceversa, es posterior, y en virtud del concurso de causas sociales modificativas, que determinan criterios que han de reputarse, como hace el Código civil, criterios excepcionales, y que por esto mismo no pueden admitirse como expresión exacta de la regla general.

ARTICULO 377

Si no puede determinarse por la regla del artículo anterior cual de las dos cosas incorporadas es la principal, se reputará tal el objeto de mas valor, y entre dos objetos de igual valor, el de mayor volumen.

En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel ó el pergamino.

Según queda dicho, así como el art. 376 sienta la regla general para la aplicación del principio de que el dueño de la cosa principal hace suya la accesoria, el 377 determina las excepciones de dicha regla. Son éstas de dos clases: las primeras nacen de la imposibilidad misma de aplicar la regla general, porque ocurra que no haya manera de fijar cuál de las cosas unidas es la que recibe la otra por adorno ó para su uso y perfección (párrafo primero); y las segundas nacen del distinto aprecio social de las cosas incorporadas, que si por su naturaleza y al tenor literal del art. 376, serían principales y accesorias respectivamente, en el comercio de las relaciones humanas se reputan precisamente al contrario (párrafo segundo).

Antecedentes y concordancias.—Lo que nuestro Código civil ha hecho en este art. 377, siguiendo en parte á algunos códigos americanos, es sintetizar en los dos párrafos de que el artículo consta, los antecedentes que el casuismo del derecho romano y de las Partidas le procuraba, redactando al efecto el párrafo segundo, y formular, inspirándose en los códigos modernos, como el francés y el italiano, el principio complementario de la regla general del art. 376, redactando al efecto el párrafo primero.

Realmente, el antiguo derecho romano y las leyes de Partidas suministran antecedentes, aunque incompletos, á las soluciones del conflicto jurídico de adjunción, que enumera el art. 377 en el párrafo segundo. Hablando de la pintura, dice Justiniano siguiendo la opinión del jurisconsulto Gayo: *Ridiculum est enim*,

picturam Apellis vel Parrhasi in accesionem vilisimæ tabulæ cedere (1). En cambio, respecto de la escritura, como advierte oportunamente Laurent, «los jurisconsultos romanos mantuvieron el rigor de su principio: pudiendo el papel subsistir sin lo que en él se escribe, se consideraba como lo principal; decisión que, como dice Pothier (2), es ridícula, por ser el papel cosa de consideración nula comparado con lo que sobre él se escriba» (3). En las leyes de Partida se consagra la misma solución que en el derecho romano respecto de la escritura y de la pintura (4), pudiendo, por otra parte, encontrarse en dichas leyes el antecedente directo de la solución del Código civil en punto á la escultura, y de un modo naturalmente muy indirecto, pues no podían las Partidas aludir á semejantes casos, de la solución del problema con relación á conflictos análogos á los que pueden surgir cuando «alguno dibujase ó entallase para sí en piedra ó madera ajena...», por ejemplo, el grabado y litografiado modernos. El Código, recogiendo todos estos casos, señala como excepción del principio general del art. 376 la pintura y escultura, considera en iguales condiciones la escritura, y añade los impresos, grabados y litografías, separándose de aquellos códigos extranjeros, como el guatemalteco y el mejicano, que enumeran también el bordado, el cual, al tenor literal del Código civil español, deberá estar sometido á la regla general del artículo citado.

El principio contenido en el párrafo primero del art. 377, es el mismo que sustentan los códigos francés, belga é italiano en sus artículos 569, 569 y 467 respectivamente. Considerada la disposición del art. 377 del Código civil español, en su totalidad (los dos párrafos) difiere en parte de las disposiciones concordantes de los artículos citados correspondientes á los códigos civiles francés, belga é italiano. Estos no establecen explícitamente las excepciones re-

(1) Párrafo 34, tít. 1.°, del libro 2.° de la *Instituta*.

(2) *Du domaine de proprieté*, núm. 173.

(3) Laurent, ob. cit.

(4) Leyes 36 y 37, tít. 28, Partida 3.ª.

lativas á la pintura, escultura y demás tal como lo hace el Código civil español.

El art. 377 reproduce lo dispuesto en el art. 418 del proyecto de Código civil de 1851, y el 379 del proyecto de 1882, y concuerda además con los artículos 904 y 905 del código mejicano, 700 y 701 del chileno, 614 y 615 del de Guatemala, etc., etc.

Explicación del artículo. Cuestiones.—El art. 377 se aplica en los mismos supuestos que el 376, es decir, 1.°, supuesto de que las cosas no pueden separarse sin detrimento, y 2.°, supuesto de la mediación de la buena fe. Sin embargo, el supuesto primero no es aquí tan absoluto, pues hállase rectificado por modo excepcional en el párrafo segundo del art. 378, en cuanto éste permite la separación de las cosas á elección del dueño de la accesoria, cuando ésta es mucho más preciosa que la principal, aunque ésta sufra algún detrimento. La excepción tiene mucha importancia, pues es aplicable á la mayoría de los casos de adjunción en los engarces, monturas de piedras preciosas, y otros análogos.

La razón de lo dispuesto en el art. 377, párrafo primero, es obvia. Dos cosas que se incorporan pueden ser de tal naturaleza, que ambas snbsistan por sí con igual fundamento, que ninguna de las dos pueda considerarse que sirve de adorno á la otra, ó bien que ambas reciban mejora, perfeccionamiento y facilidad para el uso, como consecuencia de la adjunción y en igual medida. No hay entonces un criterio *natural* para discernir cuál es la principal: ambas lo son y ninguna es accesoria. ¿Cómo se procede? El criterio del valor respectivo es el más lógico y aceptable, pues es después de todo el valor un modo psicológico de apreciar el carácter y naturaleza de las cosas. Las cosas de más valor son socialmente consideradas de más importancia que las de menos valor (más principales). El criterio, pues, de considerar como principal la cosa de más valor, es racional, tiene una base económica de carácter en cierto modo ético. No lo es tanto el que implica á igualdad de valor, decidir que la cosa principal es la de mayor volumen. Este criterio es, en verdad, un criterio empírico y de *pura necesidad;* algo se había de resolver.

La aplicación del párrafo primero del art. 377, puede dar lugar á dos cuestiones principales en su aplicación. He aquí lo primario. ¿Qué criterio ha de sustentarse para determinar el valor? No es dable resolver *a priori* la cuestión. Solo puede decirse que el valor habrá de determinarse, teniendo en cuenta los elementos económicos que producen el valor de las cosas, con más los elementos que lo modifican por razones de afección y otras análogas. Al efecto, medios tiene el procedimiento legal para determinar el valor de las cosas cuando tal valor es objeto de litigio.

La otra cuestión la señala Ricci (1) al comentar el art. 467 del código civil italiano, cuyo contenido es en este punto igual al párrafo primero del 377 del Código español. Si no es posible aplicar el criterio del valor ni el del volumen, por ser las cosas de valor y de volumen, sobre poco más ó menos, iguales, ¿cómo se decide á quién pertenece la nueva cosa formada por adjunción? En el código italiano, como en el código francés, hay un artículo ya anteriormente citado (el 463 y el 565 respectivamente) que permiten al juez resolver la cuestión, según los principios de la equidad natural. En el español no hay esta disposición, pero el caso tendría que resolverse teniendo en cuenta estrictamente las disposiciones legales, y apreciando por una compensación pericial de la entidad de las cosas, de su utilidad y volumen, cuál es la que en definitiva debe reputarse como principal, y cuál como accesoria.

Pocas palabras hemos de decir acerca de lo que dispone el párrafo segundo del art. 377. Viene á resolver, asentando por adelantado, el criterio de mayor valor de aprecio social de las cosas incorporadas, los casos de adjunción, por pintura, escultura, escritura, impreso, grabado y litografiado, supeditando la cosa que naturalmente y al tenor del art. 376 sería principal á la accesoria: en su virtud, la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel ó el pergamino, son accesorios cuando ocurre adjunción por las causas indicadas. Sólo debe advertirse que tratándose en este párrafo segundo del art. 377 de excepciones taxativamente especificadas, lo

(1) Ob. cit., t. 2.°, pág. 453, párrafo 114.

que en él se dispone no puede aplicarse por analogía á casos de adjunción semejantes; así que si estos ocurren, han de resolverse con arreglo á los articulos 376 y 377, párrafo primero.

ARTICULO 378

Cuando las cosas unidas pueden separarse sin detrimento, los dueños respectivos pueden exigir la separación.

Sin embargo, cuando la cosa unida para el uso, embellecimiento ó perfección de otra, es mucho mas preciosa que la cosa principal, el dueño de aquélla puede exigir su separación, aunque sufra algun detrimento la otra á que se incorporó.

Debe recordarse, para comprender la situación de este artículo en relación con los anteriores, las dos hipótesis que al comentar el art. 375 suponíamos como posibles, al considerar la disposición en que pueden encontrarse las cosas que se unen por adjunción. La segunda hipótesis, decíamos, refiérese á cuando las cosas unidas formando una nueva pueden separarse sin detrimento. Ahora bien; el artículo 378 se refiere al caso que tal hipótesis implica, señalando en su primer párrafo la solución que entonces cabe dar al conflicto jurídico. Pero hay más en el art. 378: no sólo da derecho á los dueños de las cosas unidas de separarlas cuando *naturalmente* pueden separarse, sino que en el párrafo ó apartado segundo reconoce el derecho á favor del dueño de la accesoria, cuando es mucho más preciosa que la principal, de pedir la separación, aunque ésta sufra algún detrimento.

Antecedentes y concordancias.—No hay en el derecho antiguo antecedentes calificados que entrañen las mismas fórmulas que acepta el art. 378. Realmente debe considerarse este como expresión ordenada y concreta de ciertas reglas generales implícitas en el casuismo de las Partidas, y por las que se decidía cuando procedía la separación de la cosa incorporada y cuando no, señalándose en este respecto un verdadero progreso en el sentido de la clari-

dad y de la precisión en el Código civil actual. En efecto, á los distingos que era preciso hacer en los casos de *soldadura*, por ejemplo, según que al soldar se hubiese empleado ó no el mismo metal que aquel del que los objetos estuviesen formados (*ferruminatio* que decían los romanos en el primer caso, y *plumbatura* en el segundo), se sustituye en el párrafo primero de este art. 378 la disposición clara y precisa de que la separación puede pedirse por cualquiera de los dueños interesados, siempre que tal separación se haga sin detrimento de las cosas.

En punto á concordancias ya antes se ha indicado que el código civil italiano, al tratar de la adjunción, empieza por sentar á modo de regla general en primer término lo que este artículo consigna en segundo término. Puede verse eso en el art. 464 del citado código. También pueden verse con el carácter de concordantes los artículos 906 del código mejicano, 662 del chileno, 617 del de Guatemala, etc.

Por fin esta disposición del art. 378 es análoga á las de los artículos 419 y 380 de los proyectos de Código de 1851 y 1882 respectivamente.

Explicación del artículo.—Aunque implícitamente, de las formas diversas de adjunción que á su tiempo hemos enumerado, el art. 378 alude á la adjunción por inclusión, á la adjunción por soldadura, que son las formas en que la separación puede ser factible sin detrimento de las cosas unidas, y en las que puede darse el supuesto á que se refiere el párrafo segundo.

Lo primero que debe advertirse es que en la hipótesis del artículo que examinamos, la accesión no se ha verificado. Hay adjunción, pero desde el momento en que esta adjunción es conocida por los dueños de las cosas unidas, como se les reconoce el derecho de reivindicar cada uno la suya, no cede lo accesorio á lo principal, sino que las cosas se separan, desaparece la que se había formado, y el conflicto jurídico termina por completo.

Fijándonos tan sólo en la disposición general del párrafo primero, nada tenemos que decir para razonar la solución del Código. Es tan natural que se defiende con sólo enunciarla. Despues de

todo, la dificultad jurídica de la materia que examinamos, cuando realmente se presenta, es cuando no se puede hacer lo que el citado párrafo primero de este art. 378 supone, es decir, en la otra hipótesis, esto es, la del art. 375 y de los dos siguientes.

Ya no es tan llano razonar la segunda parte del art. 378. La excepción que en él se establece y que viene á ser derogatoria de las disposiciones de los artículos 375 á 377, no encuentra, dentro de los principios generales de la accesión, una justificación clara y terminante. Explícase, sin duda, por el carácter empírico y casuístico de la materia misma, y como muestra del deseo en el legislador de dejar en lo posible á salvo los derechos de los dueños de las cosas incorporadas, sin que la accesión se verifique, cuando de aplicar pura y simplemente el precepto del art. 376 resultara perjudicado con exceso el dueño de la cosa que, si sirve á la otra de adorno ó para su uso ó perfección, es muy preciosa y de gran estimación.

Como cuestión general más importante respecto al primer párrafo, que desde el punto de vista de su aplicación práctica puede presentarse, es la siguiente: siempre en el supuesto á que obedecen todos estos artículos, de la buena fe de la parte interesada, en el caso en que uno de los dueños pida la separación de la cosa unida, y esto ocasione naturalmente gastos, ¿quién ha de satisfacerlos? Tres soluciones pueden ocurrirse: que los satisfagan los dueños interesados por igual, puesto que ambos puede que se beneficien con la separación: ó que los satisfaga el que haya hecho la incorporación: ó en fin, el que pide la separación. Realmente, teniendo en cuenta que el causante (de buena fe sin duda) del conflicto, es el que unió las cosas, éste parece que debe ser el obligado á satisfacer los gastos que el volver las cosas á su estado primero ocasione.

Refiriéndonos al párrafo segundo, es preciso que en la práctica se determine con gran cuidado el alcance de esta declaración del Código «aunque sufra (la cosa accesoria al separar de ella lo principal) algún detrimento» pues puede la interpretación demasiado extensiva de este precepto ser causa de perjuicios, que el Código no entiende que deben en ningún caso ser ocasionados.

ARTICULO 379

Cuando el dueño de la cosa accesoria ha hecho su incorporación de mala fe, pierde la cosa incorporada y tiene la obligación de indemnizar al propietario de la principal los perjuicios que haya sufrido.

Si el que ha procedido de mala fe es el dueño de la cosa principal, el que lo sea de la accesoria tendrá derecho á optar entre que aquel le pague su valor ó que la cosa de su pertenencia se separe, aunque para ello haya que destruir la principal; y en ambos casos, además, habrá lugar á la indemnización de daños y perjuicios.

Si cualquiera de los dueños ha hecho la incorporación á vista, ciencia y paciencia y sin oposición del otro, se determinarán los derechos respectivos en la forma dispuesta para el caso de haber obrado de buena fe.

Debe recordarse al empezar el comentario de este art. 379, las dos hipótesis que al interpretar el 375 supusimos como posibles en en la accesion, por lo que respecta al modo de proceder los dueños de las cosas incorporadas ó unidas por adjunción. La primera no es pertinente en el comentario actual; á ella se aludió ya en su lugar oportuno: la segunda es la que ahora nos importa. Consiste tal hipótesis en que medie mala fe por parte de los dueños de las cosas unidas. El art. 379 regula la manera de resolver el conflicto jurídico de la accesión cuando hay que partir para hacerlo de la hipótesis indicada. Mas como la mala fe es una condición subjetiva personal, interviniendo como intervienen en la accesión dos personas á lo menos; el dueño de la cosa que es ó se reputa principal, y el dueño de la cosa que es ó se reputa accesoria, la mediación de la mala fe puede dar lugar á tres casos distintos que exigen tres diferentes soluciones. El art. 379 fija con toda claridad y precisión los dos primeros en los dos primeros párrafos: en uno supone que el que haya obrado de mala fe sea el dueño de la cosa accesoria, y en el otro, que el que haya obrado de mala fe lo sea el dueño de la cosa

principal. El tercer caso puede inferirse del contexto del párrafo último; es el caso en que la mala fe respectiva de ambos dueños se neutralice.

Antecedentes y concordancias.—Tiene este artículo sus antecedentes muy directos y caracterizados en el derecho patrio, especialmente y sobre todo en las leyes de Partida. No obran estas leyes al modo de nuestro Código civil, sentando las reglas generales que el art. 379 sienta, sino que siguiendo con el sistema casuístico que hemos tenido ocasión de apreciar ya varias veces, señalan la solución de los conflictos jurídicos de la adjunción mediando mala fe, en los diferentes casos á que sus disposiciones se refieren. Así, la ley 36 del tít. 28, Partida 3.ª, regula el caso de la mala fe en la adjunción por escritura; la ley 37 del mismo título y Partida, regula el mismo caso en la adjunción por pintura y escultura, y por fin la ley 37, título y Partida citados, se refiere al caso de la mala fe en la adjunción por soldadura. No hace falta encarecer cuán gran progreso significa desde el punto de vista formal, el art. 379 del Código civil en el desenvolvimiento orgánico y en la sistematización de nuestro derecho.

No merece la pena detenerse demasiado en las concordancias. Trátase de puntos análogos al art. 379 del Código español, en los artículos 577 del código francés, 475 del italiano, 706 y 708 del de Uruguay, 618 y otros del de Guatemala. Una cosa conviene advertir, y es que en el asunto especial á que aquí nos referimos, el Código civil español es muy superior en claridad á los códigos francés é italiano. Estos no regulan, con el rigor lógico con que procede nuestro Código civil, la adjunción en que ha mediado mala fe.

Los artículos 420 del proyecto de 1851 y 381 del proyecto de 1882, disponían lo mismo que el artículo del Código civil que ahora comentamos.

Examen de los tres casos del artículo.—El primer párrafo del art. 379, se refiere al caso en que es el dueño de la cosa accesoria quien hace la incorporación de mala fe. Primer supuesto necesario; la demostración de esta mala fe, demostración que ha de probar el

dueño de la cosa principal (ó que así se reputa) por los medios jurídicos que para tal fin existen. Demostrada la mala fe, el Código civil procede castigando al que así se ha conducido: 1.°, haciéndole perder su cosa; 2.°, obligándole á indemnizar al propietario de la principal los perjuicios que haya sufrido. Lo primero tiene realmente un carácter *penal*, pues se le hace perder al interesado algo suyo, se le priva de medios propios. La imposición de tal pena está perfectamente justificada, pues el que al hacer una incorporación obra de mala fe apoderándose de una cosa ajena, se hace acreedor á un correctivo semejante. Lo segundo no es en rigor una pena; es la justa reparación de un daño causado á sabiendas.

Ahora bien, debe advertirse que esta disposición del Código civil no agota necesariamente las cuestiones judiciales que con ocasión de una incorporación, hecha de mala fe por el dueño de la cosa accesoria, puedan surgir. En efecto, esta incorporación entraña la ocupación y aprovechamiento de cosas ajenas á sabiendas, y sabido es lo que esto puede significar en la vida práctica del derecho, por lo que ha de aplicarse este párrafo primero del art. 379, sin perjuicio de la acción penal á que hubiese lugar.

El párrafo segundo se refiere al caso en que el dueño de la cosa principal es quien hace la incorporación, procediendo de mala fe al hacerla. Igualmente ha de probarse en este caso (y es este el supuesto necesario) tal mala fe de dicho dueño de la cosa principal. La disposición del Código implica, como la anterior, la imposición de cierta carga obligatoria al que obró de mala fe; pero la carga es de otra índole, y en la práctica exige una detenida explicación.

El dueño de lo accesorio, según el art. 379, tiene derecho á optar entre que el de lo principal le pague el valor de su cosa, ó que ésta se separe aunque haya que destruir la principal, y en ambos casos habrá lugar á indemnización de daños y perjuicios. Ahora bien, la disposición del art. 379, en que nos ocupamos, ¿es de una aplicación radical absoluta á todos los casos de adjunción, sean ó no separables? Es decir, el dueño de lo accesorio, ¿gozará siempre, sea la que fuese la adjunción, del derecho de elegir, según lo acabamos de exponer? Naturalmente, en los casos de adjunción á que el ar-

tículo 378 se refiere, no hay duda. Pero ¿y en los casos de adjunción enumerados en el párrafo segundo del art. 377, cómo podrá verificarse la separación aunque haya que destruir lo principal en algunas de ellas? Como el Código no establece que el dueño de lo accesorio haga suya la principal, en estos casos creemos que lo que procede es que el dueño de ésta, á más de indemnizar al dueño de la acccesorio de los daños y perjuicios, pague el valor de la misma, á no ser que sea posible lo que el art. 380 dice, y el dueño interesado opte por la forma que este artículo establece. La razón que tenemos para proponer tal solución á la duda expuesta, es que el art. 379, al conceder al dueño de la cosa accesoria la facultad de pedir la cosa misma aun destruyendo la principal, supone que sea posible la separación, y en los casos á que nos referimos, tal separación puede ser imposible. ¿Cómo ha de separarse la pintura del lienzo, ni lo escrito del papel?

Por supuesto, la aplicación de este segundo párrafo ha de entenderse como la del anterior, sin perjuicio de la acción penal á que en todo caso hubiere lugar.

El texto del párrafo tercero del presente artículo, no es tan claro como el de los dos párrafos anteriores. «Si cualquiera de los dueños hubiera hecho la incorporación á vista, ciencia y paciencia, y sin oposición del otro...», dice dicho párrafo. Pero ¿qué se supone aquí? ¿Que el que hace la incorporación obra de buena fe? En ese caso no sería lógica la consecuencia del Código, en virtud de la que cuando eso ocurra, «se determinarán los derechos respectivos en la forma dispuesta para el caso de haber obrado de buena fe». Parece indudable que el legislador quiso indicar que el dueño que ha hecho la incorporación obra también de mala fe, y que mala fe por mala fe se neutralizan, y deja las cosas en el estado mismo en que se supone cuando ha mediado buena fe por parte de todos los interesados. Es el caso del art. 364, y la solución tiene que ser la misma por ser idénticos los motivos, y porque no puede ser de otro modo.

Con efecto, en los artículos 375 y 378 se ordena lo que ha de resolverse cuando se unan ó incorporen dos cosas muebles, me-

diando buena fe de parte de ambos dueños: en los párrafos primero y segundo del presente art. 379, se determina lo que ha de hacerse cuando uno de los dueños proceda de buena fe, y el otro de mala: resta la hipótesis de la mala fe por parte de ambos, y á ella se refiere indudablemente el párrafo tercero que estamos examinando, porque las demás hipótesis están ya resueltas.

Como la buena fe se presume siempre que no haya prueba en contrario (art. 434), es preciso probar en tales casos la mala fe de ambas partes, y dicho párrafo la da por supuesta en el dueño de la cosa unida á otra cuando se ha hecho la incorporación á la vista, ciencia y paciencia del mismo, sin oponerse, como se declara también en el art. 364; presunción legal que puede destruirse por la prueba en contrario (art. 1251). Si resulta así probada la mala fe de ambas partes, la del uno se compensa y neutraliza con la del otro, y en este caso se determinarán los derechos respectivos en la forma dispuesta en los artículos 375 y 378 para el caso de haber obrado ambos de buena fe. Esto es lo que ordena dicho párrafo tercero, de acuerdo con el art. 364, y no puede entenderse de otro modo.

ARTÍCULO 380

Siempre que el dueño de la materia empleada sin su consentimiento tenga derecho á indemnización, puede exigir que esta consista en la entrega de una cosa igual en especie y valor, y en todas sus circunstancias, á la empleada, ó bien en el precio de ella, segun tasación pericial.

Tiene la disposición contenida en este articulo cierto carácter de generalidad, en cuanto se refiere á la forma, según lo que puede y debe hacerse, de la indemnización á que da lugar en los diferentes casos la adjunción.

Concordancias.—Debe hacerse notar que este artículo, inspirado sin duda en otros análogos de códigos civiles modernos, no tiene antecedentes en nuestro derecho.

En los códigos civiles modernos pueden señalarse disposiciones concordantes en los artículos 576 del código Napoleón, 474 del italiano, 704 del de Uruguay, 911 del mejicano, 621 de Guatemala, etc., etc. Conviene advertir que algunos códigos (el francés y el italiano, por ejemplo), no refieren la disposición concordante, como hace el Código español, á la adjunción, sino que el artículo en que se contiene reviste un carácter de mayor generalidad en cuanto es, en ambos códigos, el penúltimo de la sección y va inmediatamente después de tratar de la accesión por mezcla ó conmistión.

Los artículos 421 del proyecto de 1851 y 382 del de 1882, estaban redactados como el art. 380 del Código actual.

Aplicación del artículo.—Los casos en que procede indemnización con motivo de una adjunción verificada, son aquellos á que aluden, 1.°, el art. 375: «el propietario de la cosa principal hace suyo lo accesorio, *indemnizando su valor* al dueño»; 2.°, el art. 379 *a)* el dueño de la cosa accesoria que incorpora de mala fe, *indemniza* al de la principal; *b)* el dueño de la principal, mediando mala fe, *indemniza* al de la accesoria.

Pero antes de ver cómo esto se puede verificar, es preciso interpretar derechamente la facultad que el artículo que comentamos concede al dueño de las materias empleadas sin su consentimiento: ¿es absoluta? Entendemos que cuando se trata del precio, sí; y entendemos que cuando se trata de que la indemnización consista en la entrega de una cosa igual «en especie y *valor y en todas sus circunstancias* á la empleada», ha de ser, á pesar de lo expresivo y minucioso que está el Código, hasta donde esto sea dable dentro de los límites de lo prudencial, pues aparte de que ha de tratarse de una cosa sustituible, «en género, peso y medida», y representable en sus condiciones intrínsecas, las circunstancias no podrán nunca ser de una correspondencia completamente exacta.

Relacionando el art. 380 con el 375, según dejamos indicado, no ofrece dificultad. ¿Es posible que la cosa empleada se sustituya con otra? Pues si el dueño de la cosa empleada en la adjunción *no separable* y que él no ha efectuado, quiere ser pagado con la en-

trega de una cosa igual, al tenor del art. 380, el otro dueño debe hacerlo así.

Requiere más explicaciones la referencia del citado art. 380 á los dos primeros casos del art. 379. En el del párrafo primero de este artículo, lo que resulta es que como el dueño de la cosa accesoria, que ha hecho su incorporación de mala fe, pierde la cosa incorporada, el de la principal puede hacer uso de las facultades á que se refiere el art. 380, esto á más del resarcimiento de los perjuicios sufridos como consecuencia de la incorporación, y que no están salvados por la entrega de la cosa igual á la principal ó al pago de ella.

En el caso del párrafo segundo del art. 379, nos parece que el art. 380 puede resultar redundante. Bastará fijarse en que, según el citado párrafo, cuando el que obra de mala fe es el dueño de la cosa principal, el de la accesoria puede optar por la entrega de la cosa misma aun destruyendo la primera. ¿Habrá de suponerse que, si ocurre este supuesto, el dueño de la cosa accesoria, que tiene ya ésta en su poder, conserva la facultad á que el art. 380 se refiere? No creemos que esto sea admisible, y creemos, por el contrario, que el párrafo segundo está por sí mismo completo, sin necesidad de acudir al 380, como no sea para fijar el valor de la cosa *según tasación pericial.*

ARTÍCULO 381

Si por voluntad de sus dueños se mezclan dos cosas de igual ó diferente especie, ó si la mezcla se verifica por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional á la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas ó confundidas.

ARTÍCULO 382

Si por voluntad de uno solo, pero con buena fe, se mezclan ó confunden dos cosas de igual ó diferente especie, los derechos de los propietarios se determinarán por lo dispuesto en el artículo anterior.

Si el que hizo la mezcla ó confusión obró de mala fe, perderá la cosa de su pertenencia mezclada ó confundida, ademas de quedar obligado á la indemnización de los perjuicios causados al dueño de la cosa con que hizo la mezcla.

Como ya dejamos dicho en las consideraciones generales que preceden al articulado de esta sección, al exponer el plan que desarrolla el Código civil, los artículos 381 y 382 refiérense á la segunda especie de accesión respecto á los bienes muebles: la conocida con el nombre de conmistión ó confusión, es, á saber, mezcla de cosas de distintos dueños, sólidas (en el primer caso) ó líquidas (en el segundo caso). El Código no distingue doctrinalmente la conmistión y la confusión para someter la regulación de sus efectos á disposiciones distintas, pero manifiesta bien á las claras que los artículos 381 y 382 se aplican á ambas formas, al emplear las palabras *mezcla ó confusión.*

El contenido de los dos artículos que ahora comentamos entraña varios casos, según los diversos modos como la mezcla ó confusión pueda verificarse, y según que medie buena ó mala fe, como luego expondremos.

Antecedentes y concordancias.—El antecedente que en el derecho patrio puede señalarse al art. 381 y al 382, está en el casuismo de las Partidas. La ley 34 del tít. 28 de la Partida tercera, trata de la fundición de metales pertenecientes á distintos dueños, y de la mezcla de cualesquiera otras cosas, señalando las diversas soluciones que deben darse á los diferentes casos y formas en que tales fusiones y mezclas pueden ocurrir (1).

En los códigos civiles extranjeros deben señalarse como concordancias los artículos 573 y 577 del código francés, 471 y 475 del italiano, 912 y 913 del de Méjico, 622 y 623 del de Guatemala, etc., etc. Debe hacerse notar que no existe una perfecta uniformidad en las legislaciones de los diferentes países citados, para

(1) V. además el párrafo 28, tít. 1.°, libro 2.° de la Instituta de Justiniano.

regular el caso de accesión por mezcla ó confusión. En primer lugar, no todas distinguen (el francés, por ejemplo) los supuestos de la buena ó de la mala fe. Además, las soluciones de los distintos casos de mezcla ó confusión son muy diferentes en el código italiano y en el mismo francés, según puede verse examinando los artículos 471, 472 y 473 del primero, y 573, 574 y 575 del segundo.

Los artículos 381 y 382 del Código vigente reproducen los 422 y 423 del proyecto de 1851, y 383 y 384 del de 1882.

Explicación de los diferentes casos que pueden ocurrir.—En el art. 381 se comprenden dos casos de mezcla ó confusión, á partir en el último de un supuesto, y señalándoles, á pesar de que en rigor son diferentes, idéntica solución. El *primer caso* es el de la mezcla ó confusión de cosas de especie igual ó diferente por voluntad de sus dueños. El *segundo* es el de la mezcla ó confusión casuales. El *supuesto* de que se parte en este para la *solución* jurídica, es el de que las cosas no sean separables sin detrimento. La *solución* para ambos casos es la de que, una vez verificada la mezcla ó confusión, cada propietario adquirirá un derecho proporcional á la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas ó confundidas.

Aunque el Código civil trata de igual manera, y hasta en un mismo artículo, los dos casos indicados, préstanse en la consideración teórica y en la aplicación práctica á reflexiones diversas, y ofrecen dificultades distintas. En efecto, ¿es completamente lo mismo, para las cuestiones que pueden surgir, que la mezcla ó confusión sea voluntaria ó bien sea casual? En modo alguno. La mezcla ó confusión voluntaria no puede conceptuarse sometida de una manera absoluta al art 381. Dos ó más dueños de cosas de igual ó de diferentes especies que deciden mezclarlas, pueden pactar libremente lo que les parezca, en razón de las circunstancias en que se verifica la mezcla ó confusión. ¡Cuántas veces no ocurre que dos ó más dueños de vides mezclan las uvas que respectivamente les pertenecen, y la confusión que resulta se hace por uno de ellos! ¿Puede entonces entenderse como imperativo el art. 381? ¿No están en libertad los

dueños de estipular del modo que estimen más justo ó conveniente para sus miras particulares, atribuyendo en la distribución ulterior una parte en pago del trabajo y del capital que supone el hecho de que uno de ellos haga el vino? Lo que hay realmente es que la mezcla ó confusión voluntaria implica, á más de una forma de accesión, la posibilidad de un contrato, suponiendo la existencia de éste la necesidad de atenerse á él. Sólo en el caso en que no hubiera estipulación expresa, es cuando puede tener aplicación el art. 381.

No puede decirse lo mismo en el segundo caso del citado artículo. La mezcla ó confusión es un hecho casual: las especies unidas no son separables sin detrimento: entonces se requiere una solución legal, predeterminada, de carácter fijo. El Código civil la da, y á ella es preciso atenerse, pues no hay, como en el otro caso, la posibilidad de una ley que respetar en la manifiesta voluntad de los interesados. La solución es, como ya se ha dicho, que «si las cosas no son susceptibles de separación, cada propietario adquirirá un derecho proporcional á la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas ó confundidas». De lo cual se deduce que cuando las cosas puedan separarse sin detrimento, los dueños respectivos pueden exigir la separación, como para caso análogo se ordena en el art. 378.

¿Quién debe sufragar los gastos que pueda ocasionar la separación ó la distribución de las cosas mezcladas ó confundidas? La contestación no puede ser objeto de grandes vacilaciones. En el supuesto de la aplicación del art. 381 en la *voluntaria* á falta de convenio, y siempre en la *casual,* los gastos deben pagarse por todos los interesados, proporcionalmente al interés que en la mezcla ó confusión tenga cada uno.

El art. 382 se refiere al supuesto según el cual la mezcla ó concon-fusión de *dos cosas*, y lo mismo habrá de entenderse de tres ó más, de igual ó diferente especie, se verifica por voluntad de uno solo de los dueños interesados, y en sus dos párrafos alude el citado artículo á dos de las hipótesis á que esta intervención voluntaria de uno de los interesados pueda dar lugar, á saber: primera, que obra aquél de buena fe, y segunda, que obra de mala fe.

El Código, en esta materia de la mezcla ó confusión, no se refiere á la tercer hipótesis posible, y que el mismo Código preve en otras clases de accesión, de inmuebles y de muebles; tal hipótesis es la de que proceda uno de los dueños, el que hace la mezcla ó confusión, de mala fe, pero que sea «á vista, ciencia y paciencia, y sin oposición del otro», como dice hablando de la conjunción ó unión el art. 379, y como sobre poco más ó menos dice el art. 364, en su párrafo segundo, al hablar de la edificación, plantación ó siembra. Sin embargo, aun cuando el Código civil guarde silencio en el caso de la mezcla, creemos que en principio la mala fe de uno ha de verse compensada y neutralizada por la del otro.

Pero veamos especialmente las dos hipótesis á que de un modo expreso alude el art. 382. Si el que verifica la mezcla ó confusión, dice este artículo, obra de buena fe, «los derechos de los propietarios se determinarán por lo dispuesto» en el art. 381. No creemos que esto ofrezca dificultad alguna, ni que el Código civil resulte en este punto ambiguo y confuso, como algún comentarista pretende. En efecto, se presenta el caso de una mezcla ó confusión hecha por el dueño de una de las cosas mezcladas ó confundidas; demuéstrase su buena fe, pues se obra como si se tratara de una confusión voluntaria, en que pueda aplicarse el art. 381, ó como si se tratara de una confusión casual. Supuestos que pueden ocurrir: que las cosas mezcladas sean separables, pues se separan; que no son separables sin detrimento, pues se dividen en la forma que el citado art. 381 dispone; que en la separación ó distribución ocurren gastos, pues se pagan como hemos dicho al tratar de análoga cuestión en el mismo artículo citado.

Si el que hizo la mezcla ó confusión obra de mala fe, según el párrafo segundo del art. 382, «pierde la cosa de su pertenencia mezclada ó confundida, además de quedar obligado á la indemnización de los perjuicios causados al dueño de la cosa con que hizo la mezcla». En el supuesto indispensable de la demostración de la mala fe, no ofrece duda la aplicación de este segundo párrafo del art. 382. Sea como quiera la mezcla ó confusión, el que obró de mala fe, además de perder la cosa, cubrirá cuantos gastos ocasione

la separación, si esta es posible, indemnizando en todo caso al otro dueño del valor de la cosa mezclada, si se hubiese inutilizado en la confusión, y de cuantos perjuicios tal confusión pudo ocasionarle.

Una última consideración debe hacerse antes de dar por terminado este comentario. Se habrá observado que todo lo que en los artículos 381 y 382 se dispone acerca de la confusión ó mezcla, entraña una verdadera excepción al principio fundamental que en su lugar queda expuesto, según el cual, en la accesión de bienes muebles lo *accesorio cede á lo principal*. ¿Es que acaso esta forma de la accesión por mezcla ó confusión no puede someterse á dicho principio? No es dable afirmar esto en absoluto, aun cuando del articulado de nuestro Código civil tal parezca inferirse: porque ahí están, por ejemplo, los códigos francés é italiano manteniéndolo en ciertos casos. En efecto, según estos códigos, si la confusión excluye la posibilidad de la separación de las materias confundidas, se aplica al caso la regla según la que la propiedad de la nueva cosa formada es común á los diversos propietarios de cada cosa que ha concurrido á la mezcla, en proporción al valor de las materias pertenecientes á cada uno. Mas esta regla se deroga, dice Ricci (1), en el caso en que una de las materias empleadas pudiese conceptuarse como principal, ó fuese de mucho más valor que las otras, pues en tal hipótesis se aplica el principio de que *accessorium sequitur principale,* salvo las debidas compensaciones á los propietarios.

Ahora bien, no vamos á discutir cuál de las soluciones es más justa, si la de nuestro Código, ó la otra; pero es evidente que aún hay manera de considerar el principio general formulado al comenzar el comentario de esta sección, como aplicable á la mezcla ó confusión, demostrándose con esto, como con tantas otras cosas, lo que ya dijimos, esto es, la inseguridad que en esta materia reina á causa del carácter casuístico y empírico de la misma.

---

(1) Ob. cit., tít. 2.°, pág. 156, párrafo 119.

ARTÍCULO 383

El que de buena fe empleó materia ajena en todo ó en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta.

Si ésta es mas preciosa que la obra en que se empleó ó superior en valor, el dueño de ella podrá á su elección, quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, ó pedir indemnización de la materia.

Si en la formación de la nueva especie intervino mala fe, el dueño de la materia tiene el derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al autor, ó de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido.

Trata este artículo, como claramente se infiere de su contexto, de otra de las formas ó clases de accesión respecto á los bienes muebles: es esta la llamada *especificación*, la cual resulta siempre que el trabajo del artífice se ejerce sobre materia de otro, ocurriendo que la materia, por el efecto del trabajo mismo, sufre una transformación. Los ejemplos más gráficos de la especificación, que ponen de manifiesto sus diferencias de la unión y de la mezcla, son los del escultor y del pintor, que por su trabajo respectivo transforman el mármol de otro en estatua, y la tela y la pintura, también de otro, en cuadro.

El art. 383 resume en sus tres párrafos: primero el principio que rige esta clase de accesión; segundo el criterio para aplicarlo, y tercero la solución del conflicto jurídico de la misma, según medie buena ó mala fe.

Antecedentes y concordancias.—El derecho romano y las Partidas nos ofrecen los primeros. Sabido es que en el derecho romano la especificación había dado lugar entre los jurisconsultos á sistemás muy diferentes. Los Sabinianos, haciendo de la especificación una variedad de la accesión, conceptuaban que el propietario de la

materia se beneficiaba con el trabajo que ésta hubiera sufrido y la hubiere transformado. Los Proculeyanos, por el contrario, consideraban la especificación como una destrucción de la antigua cosa, y atribuían la nueva al especificador por derecho de ocupación. Luego formose una opinión intermedia, segun la cual se conceptuaba como propietario al especificador cuando la cosa no podía recobrar su primitiva forma, y al dueño de la materia en caso contrario, debatiendo los jurisconsultos todavía acerca de la cuestión de saber si el derecho del especificador estaba ó no subordinado á su buena ó mala fe.

En rigor puede afirmarse que las distintas soluciones resultantes de las diferentes opiniones de los jurisconsultos romanos, son las que han servido de base á las reglas, según las que se ordena la especificación en los países que tienen como precedente jurídico tradicional el derecho positivo del pueblo rey.

Nuestras leyes de Partida vinieron á consagrar la doctrina romana sancionada por Justiniano, y que es en definitiva la que queda anotada como intermedia entre las dos opuestas soluciones acariciadas por los Sabinianos y los Proculeyanos respectivamente. En su virtud, la ley 33, tít, 28 de la Partida 3.ª dispone qúe en el caso en que cosas distintas se unan por intervención de quien no es dueño de ellas, «si aquellas cosas son de tal naturaleza que non se puedan tornar al primer estado en que eran, así como las uvas que después que sacan el vino dellas non pueden tornar al primer estado... ganan el señorío aquellos que facen dellas alguna de las cosas sobredichas (el vino, el aceite, etc.) á buena fe; pero tenudos son de dar á los otros cuyas eran, la estimación de lo que valian».

El Código civil, en el art. 383, como veremos, no sigue en su texto expreso la solución del derecho justinianeo ni de las Partidas en todos sus detalles. Pero antes de fijarnos en esto, veamos algunas concordancias.

En los códigos extranjeros tropezamos con disposiciones concordantes con el art. 383 en todos. Pero no tienen, ni con mucho, una perfecta uniformidad de criterio. Los códigos francés é italiano tratan el asunto de la especificación con más detalles que el

Código español, cual puede verse en los articulos 570, 571 y 572 del código primeramente citado, y en los 468, 469 y 770 del segundo. Verdad es que en el fondo, y salvo que no fijan la hipótesis de la buena ó de la mala fe y que distinguen otros casos á que el español no alude, sientan el mismo criterio que nuestro art. 383 para determinar cuál es la cosa principal y cuál la accesoria, si bien empezando por sentar como regla general lo que en el Código español se reputa como excepción, y viceversa.

No creemos necesario alargar estas consideraciones con la indicación de las soluciones aceptadas por otros códigos. Débense añadir á las concordancias citadas los artículos 246 del código sajón, 417 del austriaco, 915 y 916 del mejicano, 702 del de Uruguay, etc., etc. Por último, es de notar que el art. 368 reproduce el 424 del proyecto de Código de 1851 y el 385 del de 1882.

Análisis del artículo.—Aunque no del modo explícito con que hemos visto sentado el principio regulador fundamental de la accesión, lo accesorio cede á lo principal, en el art. 375, vése que nuestro Código civil acepta este mismo principio en el art. 383 para resolver las cuestiones á que da lugar la especificación. Los dos primeros párrafos, que parten del supuesto necesario de la buena fe, dedícanse precisamente á determinar cuál es la cosa principal y cuál la accesoria, para señalar á quién de los interesados se reputa con mejor derecho. Como se ve, el texto literal de este artículo, en los dos párrafos mencionados, aunque no puede menos de reconocer su parentesco natural con el derecho romano, no expresa el criterio de ninguna de las tres soluciones anotadas. El Código civil combina las dos soluciones de Sabinianos y Proculeyanos, pero interpretando con ellas el principio de que lo accesorio cede á lo principal. En cambio no alude á los distingos á que aludía Justiniano y que aceptan las Partidas. En su virtud, según el derecho del Código civil, que no tiene para resolver los casos de especificación otra disposición que el art. 383, no cabe en su aplicación la cuestión, en cierto modo previa, de saber si es ó no posible que las cosas sobre que se ejerció el trabajo del artífice, pueden ó no volver (tornar, que decía el Rey Sabio) á su primer

estado. Quizá es esto un olvido del legislador, pues la exigencia del supuesto que el Código entraña y en virtud del que se ha de verificar en todo caso la accesión, es una doctrina que acaso pueda conceptuarse en contradicción con la que el mismo Código mantiene en los artículos 378 y 381.

Fuera de esto, la aplicación del art. 383 en sus dos primeros párrafos, no ofrece dificultades de las que *a priori* pueden resolverse por el comentarista. Obedeciendo en el fondo al criterio que inspiran los artículos 376 y 377, siéntase en el primer párrafo el principio general de que la materia en la obra de nueva especie se subordina al trabajo, considerando sin duda que aquélla es lo accesorio para hacer á éste posible y útil, pero aceptando luego el criterio especial del art. 377, se establece en el párrafo segundo que la materia, si es más precisa que la obra ó superior en valor, la obra se subordine á la materia.

Como se comprenderá, el problema principal aquí es determinar, mediante oportuna estimación, qué es lo que por razón del valor ó de la preciosidad se conceptúa como superior; resuelto este problema, la cuestión, en el caso del primer párrafo, es fijar la indemnización de la materia, y en el del segundo, que el dueño de ésta elija, al tenor de lo que en el párrafo respectivo se dispone, para fijar luego la indemnización á que pudiese haber lugar.

Dada la colocación de los artículos de esta sección, que quizá en su día sufra una reordenación más adecuada en vista de las enseñanzas de la práctica, así como no tiene aplicación á la especificación lo dispuesto en el art. 378, párrafo primero, tampoco la tiene lo dispuesto en el art. 380 para el caso en que lo que haya que indemnizar sea la materia.

El párrafo tercero se refiere al caso en que en la formación de la nueva especie interviniera mala fe. El Código alude expresamente á la mala fe del especificante, el cual, aparte de la acción penal á que pudiera haber lugar, pierde la obra, á no ser que el dueño de la materia prefiera ser indemnizado, tanto del valor de la misma, como de los perjuicios que se le hayan seguido. Pero el Código guarda silencio, respecto de otros dos casos en que puede

manifestarse la mala fe: es el primero aquel en que, aun cuando el especificante obre de buena fe, el dueño de la materia lo consienta, en los términos que pueda consentirlo, al tenor del art. 379, párrafo tercero. El otro es aquel en que medie mala fe por parte del especificante y por parte del dueño de la materia. ¿Cómo se resuelven estos casos? Sin duda debe en tales casos procederse por analogía y resolverlos como hemos indicado al tratar del art. 379.

CAPÍTULO III

Del deslinde y amojonamiento

I

Concepto jurídico del derecho de deslinde.

La materia objeto del presente capítulo no aparece tratada en idéntica forma en los diversos códigos de Europa y América, y aun nuestro vigente Código se ha separado con acierto en este particular del Proyecto de 1851.

Consiste tal diversidad de método en la diferente manera de ser considerado el derecho de deslinde y amojonamiento, por lo que hace referencia á la razón de su ejercicio; esto es, á determinar si aquél debe ser considerado como una modificación restrictiva de la propiedad, ó como una necesaria consecuencia del principio que á ésta informa, y que, lejos de ser restringido por el deslinde, con él se determinan y completan las facultades inherentes al dominio.

Las legislaciones de Francia y Bélgica, entendiendo que la demarcación de las fincas rústicas cede en beneficio de las servidumbres que son debidas á la propiedad rural, colocan esta materia entre las servidumbres que tienen su origen en la situación de las fincas. El código de Colombia, si bien llega hasta reconocerle como un derecho en favor del dueño de un predio sobre todos los otros

predios colindantes, denomina al deslinde servidumbre positiva legal, que lleva en el predio sirviente la obligación de hacer algo. El de Uruguay lo estima como surgido de una obligación independiente de todo convenio y que se produce por ministerio de la ley; y los de Méjico, Guatemala, Chile y Venezuela atribuyen al derecho de demarcación el propio carácter de servidumbre. De otra parte, el código de la República Argentina ofrece la particularidad de desenvolver la doctrina del deslinde en el tratado relativo al condominio por confusión de límites; lugar que, mediante las razones que en su oportunidad expondremos, no nos parece tampoco el adecuado.

Mas acertadamente, á nuestro juicio, el código portugués no vé en el deslinde, ni una servidumbre, ni una obligación anterior á la ley positiva, ni menos un remedio contra la indivisión por confusión de límites, sino un derecho de verdadera exclusión, derivado del primario de propiedad, merced á cuyo derecho todo propietario, por el hecho de serlo, tiene atribuída por la ley la facultad de gozar las cosas que le pertenecen, excluyendo de su disfrute á cualquiera otra persona, y utilizando á ese fin todos aquellos medios que la ley no prohibe. A esta acertada concepción del derecho de deslinde, que supone en el dueño del inmueble el de la demarcación de sus fincas en cualquier tiempo, pudiendo obligar á los colindantes á concurrir para aceptar lo hecho, pero respetando siempre las servidumbres legalmente constituídas, presta también su conformidad el código italiano, y en ambos se ha inspirado el nuestro al tratar del importante asunto que desarrolla en el presente capítulo.

El deslinde—aparte de muy respetables consideraciones de interés público que reclaman consten debidamente aclarados los límites de la propiedad territorial—significa el reconocimiento de un acto, consecuencia legítima del derecho de propiedad. Más que necesario, indispensable, ofrécesenos el deslinde en los predios rústicos, porque fácilmente confundidos en su extensión y límites, y desprovistos en lo general de cerramientos y muros exteriores, permiten á veces intrusiones de los colindantes, y más de una sen-

sible perturbación en los derechos posesorios, con desconocimiento evidente de los atribuídos al propietario, que puede y debe excluir del goce de sus cosas á personas que no ostenten sobre ellas facultades dominicales, ó, á lo menos, tengan reconocido un derecho real sobre las mismas.

Y claro es: allí donde la propiedad rural se encuentre debidamente organizada, la ley civil positiva habrá, no sólo de acudir á garantir al propietario para que éste en todo tiempo pueda de modo sumarísimo acudir ante los tribunales á interesar la fijación ó simple rectificación de los límites de sus heredades, obligando á intervenir en tal acto á los propietarios limítrofes, sino también deberá aquélla venir en su auxilio si se trata de restablecer perturbaciones posesorias de fácil comprobación, otorgando, finalmente, en tales casos las necesarias indemnizaciones y aun estatuyendo las penas correspondientes, según el grado y la entidad del desconocimiento del derecho de propiedad, del cual emana naturalmente el de demarcación.

Y he aquí claramente presentado el concepto jurídico del derecho de deslinde, que no es una servidumbre, siquiera el ejercicio de ese derecho haya de respetar las servidumbres públicas ó privadas, toda vez que ni el propietario, ni el poseedor de derechos reales sobre el inmueble, exigen, á la verdad, la prestación de carga alguna sobre los predios inmediatos; que tampoco puede decirse surja de una obligación independiente de la ley, porque, antes al contrario, emana de modo incuestionable de un derecho que ella reconoce; sin que, finalmente, se derive tampoco del condominio, supuesto que cada colindante es dueño con absoluta independencia de la cosa, sin sombra alguna de co-propiedad en la misma, confundiéndose con esa teoría la viabilidad de la acción *comuni dividundo* con la acción de *finium regundorum*.

Bajo el aspecto jurídico se nos ofrece, por tanto, el deslinde, y así lo considera nuestro Código civil, como derivativo del derecho de propiedad, razón por la cual lo incluye en uno de los capítulos del tít. 2.° del presente libro, y no en el tít. 7.°, reservado á la materia de servidumbres, como el Proyecto de 1851 y gran

número de códigos extranjeros con escasa oportunidad lo presentan.

De otra parte, estudiado el asunto con relación al elemento histórico que informa el concepto del deslinde, veremos siempre que la realidad de ese derecho y la efectividad de su ejercicio fructifican á la sombra benéfica de las leyes protectoras sobre la propiedad rústica.

Roma, cuyas instituciones se han perpetuado en el espíritu de nuestros códigos tradicionales, y donde la propiedad de la tierra era fuente de violentas luchas sociales entre aquellos hombres que, como dice Hearn, creían más fácil verse privados de la libertad que de su interés en el campo, nos ofrece, primero en la legislación decemviral, más tarde en la ley Mamilia, y últimamente en las leyes 4.ª, 11 y 12, tít. 1.º, libro 1.º del Digesto, acertadas disposiciones sobre los deslindes, espacio de terreno que debiera mediar entre los predios colindantes, y modo de dirimir con la intervención de árbitros agrimensores las cuestiones que se suscitasen. Y sabido es que, introducido el sistema formulario, se instituyeron, como dice Savigny, aquellas tres especialísimas acciones, una de las cuales, la de *finium regundorum,* permitía al demandante recobrar mediante la *adjudicatio* la porción del inmueble de que estuviese desposeído por causa de la confusión de límites. (Savigny, *Sistema del derecho romano,* cap. 4.º, § 219, tomo 4.º)

No menos celosos los germanos de la propiedad, importaron en la época de la invasión á nuestro verdadero Código nacional, el Fuero Juzgo, las rectas prevenciones que constituyen el texto de las leyes 1.ª y siguientes del tít. 3.º, libro 10; y finalmente, en la restauración jurídica, que significa el inmortal código de las Partidas, surgen de nuevo las leyes romanas de los tiempos del Imperio, sustancialmente transcritas en la ley 10, tít. 15 de la Partida 6.ª, ampliada ésta por la ley 17, tít. 17, libro 1.º de la Novísima Recopilación.

Dedúcese de lo expuesto que el derecho de demarcación se nos ofrece en su aspecto jurídico y en la tradición de su ejercicio como una consecuencia lógica del principio absoluto de propiedad, y

nunca con el carácter de limitación de ese principio, antes bien, sirviéndole de necesario complemento para su efectividad en juicio.

II

Naturaleza de la acción de deslinde.

La acción de deslinde y amojonamiento es por su naturaleza indivisible, puesto que se otorga á todos los propietarios cuyas propiedades limítrofes tienen confundidos sus linderos por causas naturales, accidentes fortuitos ó actos voluntarios de tercero, debiendo concurrir todos á un solo juicio; y es, además, una acción de caracter imprescriptible, al efecto de que cualquiera de los dueños puede solicitar, en todo tiempo, cese la confusión de límites. Mas esto de la imprescriptibilidad sólo puede admitirse con relación á la simple petición del deslinde; toda vez que fuera absurdo que el mero transcurso del tiempo obligase al propietario á dimitir de sus derechos de propiedad, amparados por la posesión y garantidos mediante las acciones reivindicatorias, cuya prescriptibilidad se rige por los principios del art. 1963 del Código, con los cuales habrá de relacionarse lo dispuesto en el 1965, que sanciona la imprescriptibilidad de la acción de deslinde.

Tal acción es ciertamente muy distinta de la acción reivindicatoria, que se da de modo subsidiario cuando los límites de diversos fundos contiguos hállanse ya demarcados, ó cuando, como consecuencia de la demarcación, hay necesidad de reivindicar terrenos que se creen usurpados.

El carácter de comunidad en favor de todos los colindantes atribuído al deslinde, hace también que cada una de las partes sea á la vez demandante y demandado, debiendo, por consiguiente, probar su respectivo derecho. Por eso solía darse el nombre de *dobles* á estas acciones.

Y en lo que hace al calificativo de *mixtas*, atribuído por los tratadistas á las acciones de deslinde, fundándose en que ellas son personales por la *intentio* y reales por la fórmula de la *adjudicatio*, diremos con Savigny (§ 209, obra citada), que á nada con-

duce el averiguar la razón de haberlo así entendido pocos ó muchos jurisconsultos, sin recordar que Justiniano, que creyó á tales acciones participando de la naturaleza de *reales* y *personales*, las denominó solamente personales en una constitución (§ 1.°, ley 3.ª, tít. 40, libro 7.° del Código).

Aunque hay razones para sostener que la acción de deslinde es de índole personal, tanto porque su fundamento jurídico descansa en las relaciones consiguientes á un verdadero cuasi-contrato entre los colindantes, cuanto porque lo que en dicha acción se solicita no es la propiedad al amparo de la reivindicación, sino únicamente el cumplimiento de una obligación legal, cual es la de que se determinen los linderos de cada heredad contigua, también las hay para darle el carácter de *real*, puesto que al verificarse los deslindes podrá producirse una verdadera adjudicación, como lo reconoce nuestro Código civil en los artículos 386 y 387. De aquí la denominación de *mixtas* que se ha dado á esas acciones, discutiendo los tratadistas españoles y extranjeros sobre si debe prevalecer en ellas el carácter personal. Sería útil y aun necesario ventilar y resolver esta cuestión, si en la naturaleza de tales acciones hubiera de fundarse la competencia del juez que de ellas haya de conocer; pero carece hoy de interés por hallarse resuelto expresamente este punto en la ley de Enjuiciamiento civil. Esta dispone en la regla 15 de su art. 63, que será juez competente el del lugar en que esté sita la cosa que sea objeto del deslinde, y como, según el 524, solo debe expresarse en la demanda la clase de acción cuando por ella haya de determinarse la competencia, no hallándose en este caso la de deslinde, claro es que á nada conduce en la práctica determinar la naturaleza ó clase de la misma.

III

Procedimiento para el deslinde.

¿Continuará, conforme al Código civil, siendo el deslinde un acto de jurisdicción voluntaria? Para resolver con acierto esta cuestión, hay que tener en cuenta las variaciones introducidas por

la vigente ley de Enjuiciamiento civil en la materia de deslindes, con relación á lo dispuesto en el antiguo derecho, y asimismo, lo que ordena el Código civil en el capítulo que estamos examinando.

Antes de la publicación de la primitiva ley de Enjuiciamiento, la acción de *finium regundorum* se preparaba mediante el trámite de ciertas actuaciones que los prácticos incluían entre los llamados juicios sumarios. El deslinde de los predios rústicos verificábase con la intervención de los dueños colindantes, asistiendo al acto peritos por ellos designados, ó cuyo nombramiento hacía el juez caso de discordia, y terminado el apeo y consiguiente deslinde, la protesta, aun admitida, no suspendía el acto, que llegaba á su finalidad mediante el auto definitivo, contra el cual podía formularse oposición sustanciable, como era lógico, en juicio ordinario. (Ley 17, tít. 17, libro 1.º de la Novísima Recopilación.)

Pero la ley de procedimiento civil, considerando el deslinde, no como un juicio sumario, sino como un acto de simple jurisdicción voluntaria, que no da ni quita derechos, y que en todo caso deja intactas las cuestiones de propiedad y posesión (motivos de la ley de Enjuiciamiento civil de 13 de Mayo de 1855, 2.ª parte, tít. 5.º), entendía que el deslinde, sólo en el caso de contradicción, revestía carácter de juicio; cuya doctrina aparece aceptada en la reforma de dicha ley por la de 3 de Febrero de 1881, y sancionada además con la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo. Entiende, en efecto, la doctrina del Alto Tribunal, que si bien la falta de reclamación en tiempo oportuno por los interesados en el deslinde, da fuerza y vigor al acto contra las gestiones que posteriormente se entablen en el mismo procedimiento (sentencia de 16 de Abril de 1884), la operación de deslindar, aun verificada con todas las solemnidades legales, no da ni quita derechos, mientras no se siga un juicio ordinario y contradictorio, en el cual recaiga ejecutoria. (Sentencia de 3 de Julio de 1884.)

De modo que, según la vigente ley procesal civil (libro 3.º, título 15), si antes de principiarse la operación material de trazar las divisorias, ó en el momento mismo de estarse verificando aquélla, se hace oposición por cualquier colindante, ó por otro diverso

motivo no resulta la avenencia, recaerá un sobreseimiento total ó parcial en el asunto, pues únicamente puede llegarse á su finalidad en la vía de jurisdicción voluntaria, no por *resolución del juez*, sino mediante la absoluta conformidad de los interesados (art. 2070 de la ley de Enjuiciamiento civil). El juez sólo puede resolver y fallar después de oir á las partes en juicio contradictorio, si éstas lo promueven.

Ahora bien: los artículos 386 y 387 del Código civil, como veremos al comentarlos, determinan lo que ha de hacerse cuando de los títulos ó de la posesión no aparezca claramente la porción de terreno que corresponda á cada colindante, ó resulte exceso ó falta de terreno. Según la doctrina legal expuesta, mientras el expediente de deslinde conserve el carácter de acto de jurisdicción voluntaria, el juez no puede resolver sobre dichos puntos, ni obligar á los interesados á que se sometan á lo que disponen los artículos citados. ¿Puede inferirse de aquí que estas disposiciones del Código son incompatibles con aquél procedimiento? De ningún modo: los interesados podrán hacer la distribución del terreno en la forma que ordenan dichos artículos, ó como estimen más conveniente, consignándolo en el acto de deslinde; y si no llegan á un acuerdo, se hará contencioso el expediente, sobreseyendo en las diligencias de jurisdicción voluntaria, conforme á los artículos 1817 y 2070 de la ley procesal, y si para resolver la contienda promueven el juicio declarativo correspondiente, en él dictará el juez su fallo, conforme á las disposiciones antes citadas, ó á las que sean aplicables al caso.

Queda, pues, demostrado que no se opone el Código civil al procedimiento establecido para los deslindes en la ley de Enjuiciamiento civil, y que debe continuar observándose este procedimiento. Acaso sería conveniente someter al más breve de los *incidentes* las cuestiones á que se refieren los artículos 386 y 387, siempre que no se confundan con ellas las de dominio ó reivindicación; pero sin suprimir el expediente previo de jurisdicción voluntaria, en el que, con la intervención del juez, puede conseguirse el acuerdo de los interesados sobre los límites de sus respectivas

propiedades, sin llegar á un litigio. Ese acuerdo, si lo hay, se consignará en un acta solemne, cuya fuerza y eficacia sólo podrá ser combatida por las causas que en el derecho común autorizan la nulidad de las convenciones, tales como el error sustancial de hecho capaz de viciar el consentimiento. (Sentencia del Tribunal de Casación francés de 21 de Febrero de 1848, citada por Dalloz.)

En todas las legislaciones se establece, como en la nuestra, un procedimiento rápido y poco dispendioso para reclamar la demarcación de las heredades limítrofes. Francia, Bélgica é Italia encomiendan tales asuntos á un magistrado municipal; pero desde que la propiedad ó la posesión es disputada, la demanda debe presentarse ante el tribunal de lo civil. Los códigos procesales de Colombia y Chile requieren también para el deslinde una sumaria información, y aprobada ésta, no podrán presentarse en ulteriores demandas ordinarias documentos nuevos sobre el asunto, á menos de jurar no se tuvo de ellos oportunamente noticia. Portugal, cuyo código civil contiene disposiciones análogas al nuestro sobre esta materia, al reformar sus antiguas leyes de procedimiento, aun cuando ha conservado el juicio sumario de deslinde, le ha encomendado en todos los casos á los jueces de derecho, si bien desde el instante en que surjacuestión entre las partes serán éstas remitidas al juicio ordinario, como dispone nuestra ley de Enjuiciamiento. La jurisprudencia portuguesa ha fijado además acertadamente, al objeto de que no se frustren los propósitos del legislador, cuándo la acción de deslinde no podrá ser solucionada en procedimiento sumario, sino en el declarativo correspondiente. Así no es bastante, según dicha jurisprudencia, cualquiera alegación para convertir en declarativo el juicio sumario de deslinde, sino que es indispensable que el demandado impugne la legitimidad del actor, negándole su cualidad de propietario, ó que las partes no estén de acuerdo sobre los límites de los predios respectivos, pretendiendo uno ir más allá del punto que el otro estima como línea divisoria; ó, finalmente, que se combata la autenticidad de los títulos, bastando, por la indivisibilidad de la acción, que uno solo de los colindantes se oponga para sobreseer en el juicio sumario.

(Sentencia del Tribunal de Oporto de 14 de Marzo de 1871 y sentencia del Tribunal Supremo de Portugal de 29 de Mayo de 1874.)

Las reglas explícitas consignadas en nuestro Código, que estudiaremos más adelante, no integran en modo alguno el concepto de la reivindicación. Aun cuando el resultado de la acción de deslinde sea una adjudicación de terreno, jamás puede aquélla confundirse con la acción reivindicatoria. En el deslinde no se demanda una cosa cierta y determinada que como propietarios nos pertenezca, sino que, precisamente por la indeterminación de la propiedad confundida con la que le es colindante, se reclama la fijación de señales que la deslinden y hagan cesar la confusión. Así, cuando de los títulos ó de las pruebas posesorias resultase poseer más porción de terreno que la que según tales datos nos pertenece, viene por ministerio de la ley, y no según el derecho de propiedad, la restitución consiguiente; como por contrarias razones adquirimos mayor extensión de terrenos, si confrontados los títulos ó examinadas las pruebas, poseemos menos de lo que nos corresponda. De modo, y en este sentido lo ha resuelto la jurisprudencia francesa (sentencia de 27 de Noviembre de 1865, citada por Dalloz, 1, 97, 1866), que cuando, utilizando la acción de deslinde, se reclama, por ejemplo, la totalidad de un terreno dividido merced á un muro levantado por el colindante que privaba al vecino de gran parte de su finca, la acción de deslinde se convierte en reivindicatoria, porque ella tenía por objeto una cosa cierta y determinada. Los expositores del código civil francés han estudiado concienzudamente estas cuestiones (véase Laurent, obra citada, 1876-7, sección 2.ª, § 4.º), que son en nuestro derecho de indudable oportunidad.

IV.

Bienes que son objeto del deslinde.

La propiedad urbana, al determinar con sus muros exteriores la extensión superficial del inmueble, no habrá de dar seguramente motivo á cuestiones sobre desconocimiento en los co-propietarios ó medianeros del derecho del dueño sobre los límites de sus fincas.

Los títulos escritos del dominio expresan, por otra parte, de modo subsistente la superficie del predio, y si por intrusiones al reedificar ó hacer reparaciones en aquél se perturban los derechos dominicales, si se desconocen las servidumbres que le afectan, ó si de otro cualquier modo se atenta á los derechos reales inherentes á la finca, la restauración del derecho no habrá de intentarse por medio de la acción de deslinde, sino formulando otras acciones que es ocioso consignar. Por eso escribía muy acertadamente el Digesto (ley 4.ª, tít. 1.º, libro 10), «que el deslinde sólo podía tener lugar en los predios rústicos y nunca en los urbanos»; doctrina reproducida en las Partidas (ley 10, tít. 19, Partida 6.ª), al expresar que el Juez podía dirimir las discordias que surgiesen sobre los límites de cualquier *campo* ó *heredad*.

Nuestro Código no especifica, como el de la República Argentina, que tal acción no se da nunca para la división de los predios urbanos, lo cual fuera á la verdad una redundancia, toda vez que el derecho de deslinde carece de términos hábiles para actuar sobre aquello que no sea una heredad ó finca rústica; pero desde luego habrá de comprenderse que si en un predio urbano hay, como accesorios del mismo, solares, huertas, tierras de labor ó de plantío, el deslinde será procedente sobre tales propiedades accesorias, como por idéntica razón lo sería, asimismo, en fincas rústicas, aun cuando dentro de ellas existiesen casas, cortijos ú otra clase de lugares cerrados por muros exteriores.

Obedeciendo al principio de que donde existe un límite que difícilmente desaparece no cabe el deslinde, surge la consecuencia de que no son materia del mismo los campos por el lado que confinan con muros de edificación, con un río ó con un camino público, salvo no obstante la determinación de ciertas servidumbres que hayan sido desconocidas, ó de rectificación de las riberas de las aguas. Por último, son susceptibles de deslinde los términos jurisdiccionales de los pueblos, los terrrenos procedentes de compras de bienes nacionales, los llamados de propios y de aprovechamiento común, los montes públicos y privados, la superficie de las minas, las carreteras, ferrocarriles, caminos vecinales, cañadas y

las servidumbres públicas de hombres y ganados, si bien todos estos se rigen por disposiciones especiales, como luego veremos.

V.

Competencia de la jurisdicción civil ordinaria en materia de deslindes.—Excepciones en favor de la Administración.

La autoridad judicial ordinaria del lugar en donde radiquen los bienes que hayan de ser deslindados, encomendada al juez de primera instancia del partido, es la única que, con exclusión de todo fuero, tiene competencia para la práctica de los deslindes en las fincas rústicas, conforme á las disposiciones contenidas en la regla 15 del art. 63 y en el tít. 15, libro 3.° de la ley de Enjuiciamiento civil, sin que tal competencia se limite, ni menos desaparezca, porque en la operación del deslinde, cuando se practique conforme al derecho común, vengan interesados el Estado, la provincia ó el municipio.

Mas el principio general de que todos los deslindes corresponden á los jueces de primera instancia del partido donde radiquen los bienes, ha de relacionarse con la siguiente doctrina:

1.° Que compete á la autoridad judicial conocer de modo exclusivo de los asuntos de deslindes, aun siendo administrativos, siempre que en ellos ó con su ocasión se discutan cuestiones de derecho civil, ó que afecten á los derechos privados de posesión ó propiedad. (Decisiones del Consejo de Estado de 23 de Julio y 16 de Octubre de 1880.)

2.° Que son igualmente de su competencia las cuestiones que se refieren á deslindes en los cuales la Administración haya obrado como persona jurídica, ó sea como sujeto de derechos y obligaciones. (Art. 4.°, núm. 2.°, ley de 13 de Septiembre de 1888).

3.° Que respecto á la competencia de los jueces en los deslindes de bienes nacionales, aquélla no se produce de modo general hasta que el comprador es puesto en quieta y pacífica posesión por el transcurso del año y día, contados desde que fueron cumplidos

treinta de abonado el primer plazo de la venta. (Real orden de 17 de Abril de 1872 y Decisiones del Consejo de Estado de 13 de Agosto y 21 de Diciembre de 1877 y 4 de Mayo de 1889.)

4.° Que en cuanto á los bienes de propios ó comunales, si bien los ayuntamientos pueden procurar amistosas concordias para fijar los límites de las fincas que administran con los dueños de los predios colindantes, y salvo, asimismo, las atribuciones administrativas que en su oportunidad expondremos, deberán tales corporaciones acudir á la autoridad judicial ante la cual habrán de practicarse los deslindes. (Decisiones del Consejo de Estado de 9 de Enero de 1851 y 3 de Marzo de 1858, en armonía con los artículos 72 y 172 de la ley Municipal vigente.)

5.° Que el deslinde y división de las haciendas comuneras en la isla de Cuba, aunque es de la competencia de la jurisdicción civil, se rige por el *Voto consultivo* de la Audiencia de Puerto Príncipe de 1.° de Abril de 1819, aprobado como reglamento por acuerdo de 6 de Mayo siguiente, y adicionado por otro acuerdo de 8 de Mayo de 1844, en cuanto no esté sustituído ó modificado por las disposiciones del tít. 15 del libro 3.° de la ley de Enjuiciamiento civil, aprobada para dicha isla y la de Puerto Rico por Real decreto de 25 de Septiembre de 1885, como se declaró por el artículo 3.° del mismo decreto, y en Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Febrero de 1888 y 11 de Noviembre de 1889.

6.° Que es de la competencia de la jurisdicción ordinaria conocer de los deslindes en los juicios de apeo y prorrateo de las fincas afectas al pago de una pensión foral, atemperándose los tribunales á lo dispuesto en el tít. 16, libro 3.° de la ley de Enjuiciamiento, y doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Mayo de 1891, sobre la validez de la escritura de constitución de los foros, aun no hallándose aquélla inscrita en el Registro de la propiedad, como de modo general se prescribe en el artículo 396 de la ley Hipotecaria, si han de revestir eficacia los documentos aducidos en juicio.

La regla general, que atribuye á la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de los deslindes y amojonamiento de

fincas, tiene varias excepciones á favor de la Administración por razones de orden público y de interés del Estado. Como complemento de esta materia, creemos conveniente hacer mención de ellas. Son las siguientes:

Bienes de propios y comunales.—El art. 72 de la ley Municipal vigente otorga á los ayuntamientos el aprovechamiento, cuidado y conservación de todas sus propiedades, actos de administración que carecerían de realidad si las corporaciones municipales no pudiesen reparar por medio de providencias adecuadas las perturbaciones que se hiciesen en los bienes de propios y del común de vecinos; providencias contra las cuales se otorgan los recursos determinados en el art. 172 de dicha ley de 2 de Octubre de 1877. Pero estas atribuciones, otorgadas en beneficio de las propiedades de los pueblos á sus legítimos administradores, no pueden extenderse más allá del derecho de acudir á la natural defensa de los bienes administrados, dictando, al efecto, aquellos acuerdos gubernativos que restituyan á su verdadero estado las intrusiones recientes y de fácil é inmediata comprobación, y nunca al desconocimiento de los derechos privados de posesión ó propiedad, reservados, en cuanto á su determinación, á los tribunales ordinarios. (Decisión de 3 de Diciembre de 1877.) Así, pues, los ayuntamientos sólo tienen facultades para mantener y hacer respetar el estado posesorio, defendiéndole contra invasiones recientes, entendiéndose como tales las que daten de menos del año y día, sin que en caso alguno puedan decretar deslindes, pues para ello habrán de acudir á la vía judicial. No contraría esta doctrina, que es constante en las decisiones del Consejo de Estado, la admitida en otras de 20 de Febrero y 13 de Agosto de 1877 (competencia núms. 51 y 167); porque en ambos casos, lejos de realizarse un deslinde formal, lo que se hizo fué designar una comisión que procurase la avenencia, examinando sobre el terreno el apeo verificado años antes, sin proceder á colocar nuevos mojones, rechazándose acertadamente contra ese acuerdo el interdicto, que nunca es procedente, conforme al art. 89 de la ley Municipal, si los actos administrativos se reducen á reparar intrusiones en el estado posesorio que daten de menos

del año y día. (Decisiones del Consejo de Estado de 16 de Octubre de 1880 y 1.º de Diciembre de 1888.)

Bienes nacionales.—Como una mera incidencia de la venta puede la Administración pública proceder á los oportunos deslindes, cuando ante ella se deduzcan las oportunas reclamaciones dentro de los quínce días improrrogables siguientes á la posesión, que se entiende tomada á los treinta días de abonado el primer plazo por el comprador. (Sentencias del Consejo de Estado de 8 de Julio y 22 de Agosto de 1880, *Gacetas* de 26 de Octubre y 30 de Septiembre de dicho año, y art. 7.º del Real decreto de 10 de Julio de 1865.) Dicha posesión, adquirida por el solo hecho del transcurso de los treinta días después de abonado el primer plazo, no altera la competencia administrativa porque en fecha posterior el comprador pida y obtenga la posesión gubernativa (sentencia administrativa de 4 de Mayo de 1889, *Gaceta* de 28 del propio mes y año); debiendo, finalmente, recordarse la explícita doctrina consignada en el citado fallo, acerca de que «*en materia de deslindes de bienes procedentes por compras al Estado, la jurisdicción ordinaria es la única competente*, salvo siempre, por supuesto, los actos administrativos encaminados á amparar la posesión durante el año y día, como ya dejamos anteriormente relacionado. (Real orden de 17 de Abril de 1872, aclaratoria de la de 24 de Mayo de 1869.)

Deslinde y amojonamiento de los montes públicos y heredades que con ellos colindan.—Por razones de conveniencia pública y conforme al art. 47 de la ley de 24 de Mayo de 1863, aclarado por Real orden de 22 de Junio de 1875, se ha reservado á la Administración el deslinde de los montes públicos, entendiéndose incluídos en tal clasificación los del Estado, de los pueblos y común de vecinos (Real orden de 23 de Julio de 1879), y de los establecimientos públicos. Entiéndese por montes todos aquellos terrenos cubiertos de árboles á propósito para la construcción civil ó naval, ó destinados al carboneo, combustible y demás necesidades ordinarias, así como los bosques, sotos, plantíos, matorrales de toda especie distinta de las heredades frutales ó destinadas al cultivo agrario.

Las facultades de la Administración se extienden al deslinde, no sólo de los montes públicos, sino al de los de propiedad particular que con ellos colindan, y también á las fincas rústicas de dominio privado que, sin ser montes, limitan con los del Estado, provincia ó municipio. Mas en este último supuesto, la operación administrativa queda reducida á la determinación de los linderos limítrofes al monte público, sin que se extienda, por innecesaria, á todo el perímetro de la propiedad particular. (Decisiones de 20 de Marzo de 1850, 14 de Febrero de 1869 y 11 de Julio de 1878.)

Modificadas en la materia las ordenanzas de 22 de Diciembre de 1833, por la ley de 24 de Mayo de 1863 y reglamento de 17 de Mayo de 1865, y en Ultramar, por las ordenanzas de 21 de Abril de 1876 y reglamento de 16 de Noviembre de 1877 (1), para nada interviene en los deslindes la autoridad judicial, correspondiendo decretarlos á los gobernadores respectivos, pudiendo promover tales actos los ayuntamientos ó corporaciones administrativas que posean montes públicos ó comunales, y los particulares dueños de terrenos á ellos colindantes.

El acto del deslinde se realiza en todos los casos por el ingeniero del ramo, ó perito al efecto designado, siempre previa citación de los interesados, y en la manera y forma prevenida por los artículos 17 al 47 del reglamento citado; á cuyas disposiciones quedan sometidos en los términos anteriormente expuestos los montes particulares que no se hallen deslindados. Y como la operación de deslindar es en materia de montes distinta del amojonamiento, la autoridad administrativa no podrá ordenar se proceda á colocar los hitos mientras su aprobación al acto de deslinde no sea ejecutoria.

Asimismo es doctrina constante, apoyada en el art. 36 del reglamento de 17 de Mayo de 1865, que corresponde exclusivamente á los tribunales de justicia las cuestiones de derecho civil que se susciten con motivo del deslinde y amojonamiento de los mon-

(1) Además deben consultarse en la materia el Real decreto de 8 de Mayo de 1884, Real orden de 13 de Septiembre siguiente, Real decreto de 9 de Mayo y Real orden de 31 de Diciembre de 1890.

tes del Estado, de los pueblos ó establecimientos públicos. (Sentencia administrativa de 18 de Febrero de 1890, *Gaceta* de 14 de Noviembre del mismo año.)

Contra las decisiones administrativas dictadas en los deslindes de montes, rige el art. 7.° de la ley de 13 de Septiembre de 1888, según el cual se otorga el recurso contencioso-administrativo dentro del plazo improrrogable—á contar desde la notificación de la providencia recurrida—de *tres meses* á los residentes en la Península y sus islas adyacentes, *cuatro* para los que residan en Cuba y Puerto Rico, *seis* en Filipinas y Golfo de Guinea, y *nueve* en las Marianas y Carolinas.

Indicaremos, por último, que por la Real orden de 16 de Mayo de 1877 se resolvió que sólo procede la previa citación de los dueños colindantes ó sus administradores, colonos ó encargados, y no la de los ayuntamientos, aunque tengan los vecinos el derecho de aprovechamiento comunal de pastos, y que la Administración se habrá de entender siempre representada por el ingeniero jefe, sin perjuicio de reconocer á tal ayuntamiento los derechos otorgados contra el acto del deslinde en el art. 34 del reglamento de 17 de Mayo de 1865, y cuyos derechos podrá utilizar en la vía contencioso-administrativa, según declaración hecha en otra Real orden de 3 de Abril de 1878.

Deslinde de carreteras, caminos de hierro, caminos vecinales, canales, acueductos, servidumbres pecuarias y otras de carácter público.—Las carreteras, como los ferrocarriles, los canales, los caminos y veredas, y las servidumbres de carácter no particular, se hallan bajo el régimen de la Administración, á la cual, por lo tanto, incumbe, no sólo su cuidado y conservación, sino el adoptar las necesarias providencias para evitar intrusiones ó desconocimiento de tal derecho por los particulares, los cuales no pueden contrariar por interdictos dichas providencias, si éstas han sido dictadas dentro de las funciones regladas de la Administración y al objeto de reparar perturbaciones recientes y de fácil comprobación, salvo siempre la vía contenciosa, ó la judicial si se desconocen indebidamente los derechos dominicales ó posesorios.

Clasifica la ley de 4 de Mayo de 1877 las carreteras, en carreteras construídas, bien por el Estado, ya con fondos provinciales ó municipales, ya á espensas de los particulares, ó, finalmente, con fondos mixtos; y todas ellas vienen sujetas á las prescripciones de la Real orden de 27 de Mayo de 1846, en cuanto á que los alcaldes de los respectivos términos municipales son las autoridades competentes por sí, ó por la persona en quien deleguen, para deslindar y amojonar los predios particulares lindantes con los caminos públicos, previa citación de los dueños de heredades limítrofes, destruyendo, á costa de quien las hubiere hecho, las obras que tiendan á intrusarse en los límites de las carreteras ó caminos vecinales y rurales.

La ley de 23 de Noviembre de 1877 ordena igualmente que sean de aplicación á los ferrocarriles las prevenciones decretadas para las servidumbres y acotamientos de las carreteras, debiendo consultarse, asimismo, en la materia la Real orden de 31 de Diciembre de 1844, circulada en 16 de Julio de 1855.

De otra parte, el art. 74 de la ley Provincial impone á las diputaciones el deber de conservar sus carreteras y caminos, y el 72 de la ley Municipal obliga á los ayuntamientos á componer y conservar también los caminos vecinales, ordenando respecto á los rurales que las corporaciones populares hagan cumplir igual deber á los en tales vías de comunicación interesados; y encargando, finalmente, la citada ley á los gobernadores velen muy cuidadosamente, á fin de que tan importante extremo de la administración municipal no sea excusado en modo alguno. Asimismo las providencias que los alcaldes y gobernadores acuerden para hacer efectivas las atribuciones que en cuanto á las carreteras provinciales y caminos vecinales y rurales les están reconocidas, no son susceptibles de interdictos de modo general; y por último, conforme á la ley de 4 de Mayo de 1877, comprendidas en su texto dichas carreteras y caminos, claro es que los deslindes habrán de practicarse con sujeción á lo dispuesto en la Real orden de 27 de Mayo de 1846, y así se hallaba ya prevenido en el núm. 4.º de aquella Real disposición, cuyas reglas son exactamente aplicables

al deslinde y amojonamiento de los canales de navegación propios del Estado, según la Real orden de 2 de Noviembre de 1846. En cuanto á las servidumbres de acueducto, abrevaderos, camino de sirga y demás inherentes á los predios ribereños, y de igual modo cuanto hace relación al disfrute de las aguas públicas, se halla sometido al cuidado y vigilancia de la Administración, y á ella, por lo tanto, incumbe acordar los deslindes de los terrenos que pertenezcan al dominio público ó sean con él colindantes; sin perjuicio de reservar á los tribunales las cuestiones de propiedad y posesión. (Ley de 3 de Junio de 1879 é instrucción de 14 de Junio de 1883, extensivas á Cuba y Puerto Rico por Real decreto de 9 de Enero de 1891 é instrucción de 13 de dicho mes y año.)

Deslinde de las vías pecuarias.—Reformada la anterior legislación por el Real decreto de 13 de Agosto de 1892 y reglamento de la propia fecha, expondremos sucintamente la materia, pudiendo los que deseen conocerla con la debida extensión consultar la exposición de motivos y articulado de ambas disposiciones. (*Gaceta* de 22 de Septiembre de 1892.)

Basta á nuestro objeto consignar: 1.°, que para los efectos del deslinde de las vías ó servidumbres pecuarias, se dividen éstas en *vías de carácter local* y *vías de carácter general,* según crucen el término de un solo pueblo, ó atraviesen el de dos ó más localidades: 2.°, que el deslinde de las vías locales corresponde á los alcaldes del término municipal á que pertenezca el pueblo por donde cruza la servidumbre, y el de las vías generales al gobernador civil de la provincia por medio de delegados nombrados por dicha autoridad, á propuesta del presidente de la Asociación general de ganaderos: 3.°, que los deslindes podrán acordarse de oficio por los alcaldes ó gobernadores, ó á virtud de denuncia escrita del presidente de la Asociación, de los visitadores, de los guardas de campo ó de la guardia civil: 4.°, que la práctica del deslinde ha de hacerse en la forma prescrita en los artículos 72 al 104 del reglamento de 13 de Agosto de 1892, otorgándose contra las resoluciones definitivas que en los expedientes se dictaren recurso de alzada al gobernador civil, si los deslindes son de vías pecua-

rias locales, y ante el Ministerio de Fomento si fuesen de vías generales, concediéndose también recurso contencioso-administrativo ante el Consejo de Estado: 5.°, que una vez firmes las providencias de deslinde, se procederá al amojonamiento, el cual se hará constar en acta triplicada, debiendo citarse previamente á los dueños ó usufructuarios colindantes, sus apoderados ó administradores, siempre que unos y otros sean conocidos y se hallen domiciliados y con casa abierta en el término municipal: 6.°, que el amojonamiento habrá de ser aprobado siempre por el gobernador civil respectivo, y contra la resolución de éste no se da otro recurso que el contencioso-administrativo; y 7.°, que la alteración posterior de los mojones será castigada de modo especial, con arreglo al Real decreto de 8 de Mayo de 1884, Real orden de 13 de Septiembre siguiente, y prescripciones del título 4.°, capítulo único, del reglamento de 13 de Septiembre de 1892.

Deslinde y amojonamiento de las minas.—La propiedad de las sustancias mineras, tal como las define el art. 1.° de la ley de 4 de Marzo de 1868, corresponde al Estado, y nadie puede disponerde ellas sin concesión del Gobierno, otorgada en su nombre por los Gobernadores de provincia. De ahí que reunidos los requisitos previos para obtener la concesión de las explotaciones mineras, confiera el art. 32 de dicha ley al ingeniero de la provincia, por orden del gobernador y en nombre de la Administración, la facultad de deslindar las pertenencias mineras, colocando al efecto hitos ó mojones, que deberán ser firmes, duraderos y bien perceptibles; competencia claramente determinada también en el párrafo último del art. 87 del reglamento de 24 de Junio de 1868, dictado para la ejecución de aquella ley.

Contra las providencias en tal materia recaídas se concede al que se crea agraviado recurso ante el Ministerio de Fomento (artículo 88 de la ley citada), y sobre la Real orden que ponga término á la vía gubernativa puede utilizarse el recurso contencioso-administrativo ante el Consejo de Estado (art. 89).

Deslinde de los términos divisorios de los pueblos.—La determinación de los límites de las diversas provincias y pueblos de la

Nación es una facultad privativa del Gobierno, que puede ordenar cuando lo crea conveniente la rectificación ó nueva demarcación, si aquélla no bastase, del territorio, siendo los gobernadores civiles las autoridades encargadas de cumplir los mandatos del Poder central (Real decreto de 9 de Noviembre de 1832). Asimismo, las diputaciones provinciales habrán de ser oídas en los expedientes que se formen para la demarcación de límites de las provincias, partidos y ayuntamientos (art. 58, ley de 25 de Septiembre de 1863, 102 de la de 22 de Octubre de 1882, y 18 de la de 15 de Septiembre de 1870). Pero es necesario para determinar la respectiva competencia de la Administración ó de la autoridad judicial en materia de asuntos de deslinde de términos jurisdiccionales, distinguir si el deslinde y las cuestiones que con él se relacionen proceden de un mandato ó disposición administrativa, ó si, por el contrario, entraña el litigio una cuestión privada atribuída á la jurisdicción civil ordinaria.

En este punto es clara la doctrina constante del Consejo de Estado. Si los ayuntamientos—que jamás poseen por sí mismos facultades para decretar deslindes jurisdiccionales de términos colindantes—lo verifican en cumplimiento de acuerdos administrativos de sus superiores jerárquicos, es evidente la competencia de la Administración; pero si la reclamación del deslinde se promueve ante el juez competente para defender el derecho de propiedad ó posesión á nombre del municipio, el asunto se tramitará con arreglo á las disposiciones generales de la ley de Enjuiciamiento civil. (Decisiones de 4 de Marzo de 1877 y 30 de Octubre de 1888.)

Rige hoy, en cuanto á deslindes de términos municipales, el Real decreto de 30 de Agosto de 1889, ordenando á los ayuntamientos procedan á la fijación de hitos ó mojones permanentes que denoten las líneas divisorias de los respectivos términos jurisdiccionales, cuyo Real decreto modificó el de 23 de Diciembre de 1870 respecto á la manera de realizar el acto del deslinde; y creemos que la doctrina sentada por el Consejo de Estado en decisión de 4 de Marzo de 1877, habrá de armonizarse con lo prescrito en el citado Real decreto de 1889.

En efecto, entendemos nosotros que si bien, como acertadamente consigna el Consejo de Estado, no cabe protesta de un particular contra el acto del deslinde gubernativo, porque éste no vulnera derechos preexistentes, puesto que no hay perjuicio en que una propiedad privada radique en uno ú otro término, y porque si lo que se reclama es un desconocimiento de la propiedad individual, ya el litigio es puramente de la atribución de los tribunales ordinarios; ello no obstante, los propietarios de terrenos que hayan de atravesar la línea de deslinde tienen derecho á concurrir al acto, el cual anticipadamente debió anunciarse por edictos y pregones en la localidad. Y no sólo pueden asistir, sino que deben ser oídos, examinándose los títulos y documentos que exhibiesen, pudiendo firmar el acta que las comisiones deslindadoras levantasen (artículos 8.°, 9.° y 10 del Real decreto de 30 de Agosto de 1889).

Téngase, asimismo, muy presente que el acto de renovar ó fijar definitivamente los mojones jurisdiccionales no producirá nunca efectos ulteriores, en cuanto á la propiedad ó mero estado posesorio de ningún predio colindante, pues para ello carece de competencia la Administración, ni aun en el supuesto de mediar á su favor la presunción de que alguno de los bienes ó terrenos deslindados pueda corresponder al Estado. (Decisión de 3 de Diciembre de 1877.)

Por último, en toda la materia de actos administrativos de deslindes, es de suma importancia consultar, respecto á los recursos de alzada contra tales resoluciones, la Real orden de 4 de Marzo de 1893, publicada en la *Gaceta* del día 7, que ha resuelto las dudas surgidas al interpretar la regla 11, art. 83 de la ley de 25 de Septiembre de 1863, una vez promulgada la de 13 de Septiembre de 1888 y reglamento de 29 de Diciembre de 1890; fijándose además de modo concluyente la recta interpretación de los artículos 72, 73 y 171 de la ley Municipal, 143, 146 y 147 de la Provincial, y, finalmente, la inteligencia adecuada de los artículos 27, 28 y 29 del reglamento de procedimiento administrativo ante el Ministerio de Fomento, conforme á la ley de 19 de Octubre de 1889.

Concluiremos esta materia llamando la atención acerca de que las excepciones expuestas se refieren solamente á la competencia y al procedimiento. Si con ocasión de esos deslindes administrativos se promueve alguna cuestión de derecho civil, se resolverá, lo mismo que cuando sea judicial el deslinde, conforme á las prescripciones del Código civil que le sean aplicables, y en su caso por las del presente capítulo que vamos á examinar.

ARTÍCULO 384

Todo propietario tiene derecho á deslindar su propiedad con citación de los dueños de los predios colindantes.

La misma facultad corresponderá á los que tengan derechos reales.

Es de notar que aunque el presente capítulo lleva por epígrafe *Del deslinde y amojonamiento,* ni en este artículo ni en los otros tres que contiene se hace mención del amojonamiento. La razón es obvia y sencilla: el deslinde es lo principal, y el amojonamiento lo accesorio y el complemento de la ejecución de aquél, puesto que consiste en el hecho de fijar hitos ó mojones en la línea divisoria de las heredades, marcada por el deslinde, á fin de hacerla constar de un modo manifiesto y permanente. Quien tiene el derecho de deslinde tiene también necesariamente el de amojonamiento de la misma finca, bastando, por tanto, determinar aquél, como se hace en este artículo, y reservar para la ley procesal lo relativo al amojonamiento, para el cual se dan las reglas necesarias en el tít. 15 del lib. 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil que lleva el mismo epígrafe del presente capítulo.

El artículo que vamos á examinar determina las personas que tienen el derecho de solicitar el deslinde de la propiedad y las que lo tienen para intervenir en esa operación, ordenando que sean citadas para ello. Expondremos con separación uno y otro extremo.

I

Personas que pueden solicitar el deslinde.

Consigna nuestro Código en el art. 384 que vamos á examinar un derecho en favor del propietario, por virtud del cual puede exigir de los demás dueños de predios colindantes, y previa citación de ellos, el deslinde y amojonamiento de sus fincas. En el mismo principio se funda el artículo 2061 de la ley de Enjuiciamiento civil para ordenar el procedimiento.

Como se ve, el ejercicio de este derecho presupone como antecedente necesario la contigüidad de dos ó más fundos y la confusión de sus límites; confusión que hace necesaria la demarcación del terreno correspondiente á los respectivos propietarios, á fin de evitar intrusiones indebidas en la propiedad de cada cual por la alteración ó desaparición de los mojones que de modo permanente la determinan, indicando á la vez el área que á aquéllos corresponde. La ley civil reconoce y define ese derecho como consecuencia del de propiedad, correspondiendo á las leyes de procedimiento darle efectividad en forma tal, que por su celeridad y sencillez evite las contingencias de ulteriores litigios, demasiado fáciles de producirse entre los dueños de predios limítrofes, reservando, no obstante, para la solemnidad del juicio ordinario declarativo las cuestiones que se susciten con motivo de las reclamaciones encaminadas á rectificar los linderos de las heredades limítrofes. Asimismo, la ley penal habrá de castigar y castiga como un atentado á la propiedad la alteración maliciosa de los mojones, otorgando una acción pública contra quien por tales medios usurpa ó contribuye á hacer posible la usurpación de ajenos terrenos, con evidente perjuicio del interés privado, y con desconocimiento absoluto de la autoridad tutelar que al Estado incumbe sobre la propiedad en todas sus manifestaciones (arts. 534 y 535 del Código penal de 1870).

Pero no es sólo al propietario á quien el artículo que examinamos concede el derecho de deslinde, cuyo ejercicio, como acaba de

verse, puede ser utilizado, bien en simple acto de jurisdicción voluntaria, bien en juicio declarativo, caso de usurpación del dominio, ó bien ejercitando la acción penal si se hubiese cometido un delito; sino que tal atribución de deslindar se hace extensiva á cualquiera otra persona que posea un derecho de la clase de los reales sobre el inmueble cuya demarcación se solicite, siempre que ese derecho real se relacione con el *uso y disfrute* de la finca, como explica y aclara el art. 2061 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Ya en el antiguo derecho romano distinguíase sobre este particular la existencia de dos formas de ejercitarse la acción de deslinde, á saber: la acción *directa*, atribuída de modo exclusivo al propietario, y la acción *útil*, concedida al usufructuario, al enfiteuta y al acreedor pignoraticio (§ 9.°, ley 4.ª, tít. 1.°, libro 10 del Digesto). Y aun cuando ninguna ley española anterior á la vigente ley de Enjuiciamiento civil otorgaba aquel derecho á los que no fuesen dueños del inmueble, la práctica constante, apoyada en la tradición romana, sancionaba que podía interesar el deslinde todo el que en virtud del *jus in re* tuviese derecho al uso y aprovechamiento del terreno; por lo cual, y atendido al carácter personal del título, no se admitió jamás tal facultad en el simple arrendatario, otorgándola por contraria razón al señor del dominio directo, al enfiteuta, al usufructuario y al acreedor con hipoteca. Inspirándose en tales antecedentes, y en el precepto expreso de la ley de Enjuiciamiento civil reformada en 3 de Febrero de 1881, el artículo 384 del Código establece terminantemente que de igual manera que al propietario, corresponde á los que tengan derechos reales sobre la finca la facultad de solicitar, de modo común é imprescriptible, su deslinde. Esta declaración no puede ser más justa, porque sin ella se privaría al poseedor de un derecho real de uno de los medios legales más eficaces y expeditos para remover los obstáculos que impidiesen el libre y ordenado ejercicio de aquel derecho, que afecta á la propiedad del inmueble.

Sobre este punto importantísimo nuestro Código aventaja al de Francia, Bélgica é Italia, que sólo hablan de la atribución de todo propietario para obligar al que lo es limítrofe al deslinde,

cuyo precepto reproducen los de Méjico, Guatemala y Uruguay; es más explícito que el de Chile y Colombia, que otorgan esa facultad también al usufructuario, y por último, amplía lo dispuesto sobre el particular en el código portugués, que la atribuye al usufructuario y al poseedor en nombre propio. El art. 384 de nuestro Código, al igual del 2749 del código de la República Argentina concede la acción de deslinde á todos los que tengan derechos reales sobre el terreno contra el propietario del fundo contiguo, y repetimos que tal concesión responde lógicamente al acertado concepto jurídico de los llamados derechos reales.

Importa, por lo tanto, consignar los caracteres de tales derechos, origen de la atribución reconocida en otras personas distintas de la del propietario por el apartado 2.° del art. 384. Desde luego habremos de evitar clasificaciones, siendo bastante para el estudio de la materia del presente comentario consignar el principio general del que por lógica deducción habrán de emanar las naturales consecuencias.

Pues bien: en principio existe un derecho real allí donde, sin consideración á la persona que tenga ó posea la cosa, surge la acción para ser perseguida ésta en juicio ó fuera de él. Y como aparte del dominio—que es el derecho real por excelencia—la posesión, el usufructo, el uso, el censo, la enfiteusis, la superficie, la hipoteca, el arrendamiento en ciertos casos, y la servidumbre en otros, reunen los requisitos exigidos á todo derecho real, habrá de deducirse la consecuencia de que todas las personas á cuyo favor se reconozcan tales derechos están virtualmente capacitadas para instar el deslinde de las fincas sobre las cuales aparezcan aquéllos constituídos.

En cuanto al arrendamiento, como contrato, y por ello fuente de acciones de carácter personal, no es en principio un derecho de la clase de los reales, y que, por tanto, dé origen á la facultad en el arrendatario de interesar judicial ó extrajudicialmente el deslinde. El arrendatario posee en nombre del dueño, y en su consecuencia, ni podrá invocar derecho alguno limitativo del dominio, ni pretender la existencia de otras relaciones jurídicas que las crea-

das por virtud de la convención entre su persona y la del arrendador.

La ley Hipotecaria introdujo, sin embargo, una alteración sustancial en aquellos arrendamientos que, bien por su larga duración, bien por anticipo de rentas, ó debido al mutuo consentimiento de las partes estipulantes, originaban, previa la inscripción en el Registro de la propiedad, algo más que un simple derecho personal. Tal acontece cuando el contrato se haya estipulado por un período que exceda de seis años, ó los arrendamientos en que se hubieren anticipado las rentas de tres ó más, ó cuando, sin tener ninguna de estas condiciones, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban; doctrina que es extensiva á los subarriendos, subrrogaciones, cesiones y retrocesiones de los arrendamientos hechos en la forma expresada (art. 2.° de la ley Hipotecaria y 5.° de su reglamento).

En cualquiera de los casos expuestos, el arrendatario ó quien se subrrogue en su persona, posee un verdadero derecho real, y podrá por sí solicitar los deslindes oportunos sin necesidad de acudir al arrendador, cuyas atribuciones como propietario subsistirán á la par que las otorgadas al llevador de la finca, en virtud de lo dispuesto en el art. 384 que estamos examinando.

La *rabassa morta,* cuya definición nos da el Código civil en su art. 1656, aceptando la que era vulgar en Cataluña, es un verdadero derecho real, puesto que el *rabasser* puede reivindicar la tierra de cualquier poseedor ó persona que le despoje de su disfrute; carácter que viene reconocido á dicho contrato en el art. 2.° de la ley Hipotecaria y 1.° de su reglamento. Así también lo ha estimado la Dirección general de los Registros (resolución de 22 de Febrero de 1884), y se ha resuelto en una Real orden de 2 de Agosto del propio año. Es tan especialísima la *rabassa morta,* que aun cuando nuestro Código la estudia como un contrato análogo á la enfiteusis, aquélla se asemeja, como oportunamente dice un tratadista (*La rabassa morta*, por D. Victorino Santamaría, 2.ª parte, tít. 1.°) al contrato de sociedad, al colonato parciario y al arrendamiento. Mas, de todos modos, es lo cierto que una vez inscrito

el acto en el Registro, produce un derecho de la clase de los reales, y claro es que atribuye al *rabasser*, lo mismo que al señor del dominio directo, la facultad de pedir el deslinde en los términos respectivamente prevenidos por el art. 384 del Código civil. Mas si dicho contrato no se ha inscrito, por virtud de la estipulación surge solamente un derecho personal que no perjudica á tercero, lo cual es bien distinto de los derechos reales, origen de la facultad de deslindar. En este último supuesto, el llevador de la finca habrá de recurrir al señor del dominio directo, que interesado de modo evidente en contener las intrusiones de los propietarios limítrofes, procurará desde luego la promoción del expediente de deslinde, á fin de demarcar los verdaderos linderos de la finca.

Respecto de los *foros* y de cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga, ordena el art. 1655 del Código civil para los que se establezcan después de su promulgación, que los que se constituyan por tiempo indefinido se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfitéutico, y que los constituídos temporalmente ó por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos. Por consiguiente, el dueño directo en todo caso, y el útil ó forero, siempre que su derecho se convierta en real por la inscripción en el Registro de la propiedad, tienen el derecho que concede el presente artículo para el deslinde de la finca gravada. Lo mismo habrá de entenderse respecto de los foros y subforos establecidos antes del Código, puesto que la costumbre y la jurisprudencia les daba el carácter de perpetuos, asimilándolos á la enfiteusis, aunque en su origen hubieren sido temporales. Pero esto en cuanto al deslinde y amojonamiento de la finca afecta al foro con las colindantes de otros dueños; pues si se trata del apeo y prorrateo de aquélla para el pago de la pensión foral entre el dueño directo y los foreros ó que posean el dominio útil, que es cosa distinta del deslinde, se estará á lo que para ello se dispone en el tít. 16, lib. 3.° de la ley de Enjuiciamiento civil.

II

Personas que deben ser citadas para el deslinde. Efectos de esta citación.

La atribución que la ley reconoce con el carácter de común á todo propietario, ó que sin serlo tenga constituído un derecho real sobre las fincas rústicas para pedir cese la confusión de los límites de aquéllas con las que les son inmediatas, requiere siempre la previa citación de los dueños de los predios colindantes. Así lo dispone el art. 384 del Código civil que estamos estudiando, de acuerdo con la práctica antigua y con lo que tenía ya establecido la ley de Enjuiciamiento civil.

Esta especie de limitación, impuesta por la ley al ejercicio del derecho de deslinde, reconoce como razón jurídica la de impedir que con ocasión del mismo se realicen intrusiones en los fundos contiguos; y en orden al interés general, el mandato de la ley se apoya indudablemente en la evitación, con la presencia en el acto de todos los interesados, de desavenencias y eventuales litigios, fáciles de ocurrir supuesta la contigüidad de los predios cuyo dominio corresponde á diversos propietarios.

La ley de Enjuiciamiento civil (art. 2061) prescribe, en consonancia con los mandatos del Código, que la persona que solicite el deslinde exprese en su demanda los nombres y residencia de las personas que habrán de ser citadas para su concurrencia al acto judicial, manifestando al efecto sus nombres y residencia; y en el caso de ignorarse tales circunstancias, deberá así expresarse en el escrito correspondiente. Respecto á los interesados cuyo domicilio fuere conocido, el juez hará las citaciones con la necesaria antelación y en la forma prevenida en la sección 3.ª, tít. 6.º, libro 1.º de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, atemperándose á lo dispuesto de modo especial en el apartado 2.º del art. 2062, por lo que hace á las citaciones de los colindantes desconocidos ó de aquellos cuya residencia fija fuese ignorada.

El artículo que comentamos expresa de manera explícita, como ya se ha dicho, la necesidad, para la validez de los deslindes, de que éstos se realicen previa citación de los dueños de los predios colindantes. Realmente, la ley no exige otras citaciones, porque entiende que la cuestión de demarcación entre propiedades contiguas puede solucionarse con la intervención única de los respectivos propietarios á quienes de modo directo afecta aquélla.

Algunos tratadistas han preguntado, sin embargo, si cuando el que solicita el deslinde no es el propietario, sino quien á su favor tiene constituído un derecho de la naturaleza de los reales sobre el inmueble, convendrá que concurra al acto el dueño de la finca, y que para ello pida su citación el actor. No solo creemos conveniente, sino también necesaria y legal dicha citación. Cierto que el artículo que comentamos solo exige la citación de los *dueños de los predios colindantes*; pero como no excluye al dueño del predio que haya de ser deslindado, y á este predio no puede negarse la condición de colindante, claro es que también debe ser citado su dueño. Y si sobre esto pudieran prestarse á duda las palabras del Código, esa duda está resuelta en la ley de Enjuiciamiento civil, la cual ordena en su art. 2062 que sean citados *todos los interesados*, y en el caso supuesto nadie mas interesado que el dueño del terreno, cuyo deslinde se solicita por quien sólo tiene sobre él un derecho real que no sea el de dominio. Por la misma razón deberán ser citados los que sobre el predio tengan reconocidas servidumbres, y en las herencias proindiviso todos los coherederos cuando uno de ellos, ó el representante legal de la testamentaría, solicitase el deslinde de fincas pertenecientes á la misma. Si no son citados, ó si no concurren aunque lo hayan sido, podrá llevarse á efecto el deslinde, pero sin perjuicio de su derecho, como se declara en el art. 2064 de dicha ley.

De esta disposición y del carácter de acto de jurisdicción voluntaria se deduce, que la falta de asistencia de los interesados, hayan sido ó no citados, no suspende ni entorpece la práctica del deslinde, el cual, aun verificado con todas las solemnidades legales, ni da ni quita derechos, quedando al que se creyere perjudi-

cado á salvo su derecho para reclamar la posesión ó propiedad de que por el deslinde se creyó despojado; reclamación que naturalmente habrá de deducir en el correspondiente juicio declarativo. De modo que la doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 19 de Abril de 1859 y 16 de Abril de 1884), determinando que la falta de reclamación en tiempo por los colindantes á quienes oportunamente se citó para el deslinde, da á esta operación fuerza y vigor contra las gestiones que posteriormente puedan entablarse, no tiene otro alcance que el de consignar que los deslindes hechos con la solemnidad debida ó consignados en un documento público y fehaciente, obligan á los interesados que legalmente citados no concurrieran á la diligencia; pero jamás puede por ello negarseles, asistiesen ó no al deslinde, y salvo el caso de conformidad, las acciones correspondientes para reivindicar el dominio ó recobrar la posesión, si tales derechos se desconocieron al deslindar las fincas limítrofes. Confirman tal doctrina —además de la sentencia ya citada de 3 de Julio de 1884—las de 13 de Diciembre de 1870 y 23 de Febrero de 1857, toda vez que en la primera se resuelve «que el juicio de deslinde no puede extender sus efectos jurídicos á resolver en caso alguno cuestiones de propiedad, que solamente habrán de promoverse á virtud de la correspondiente acción reivindicatoria»; sancionándose en la segunda, que si bien la prescripción de la posesión se interrumpe por reclamaciones judiciales y aun por transacciones de las partes, el deslinde jamás suspende esa posesión á los efectos de la prescripción legal. En su consecuencia, cuando citados en forma los interesados en el deslinde no comparecieren, si bien en el mismo expediente no podrán reclamar contra lo que tácitamente consintieron, aparte de la acción imprescriptible de deslinde, tendrán siempre reservadas sus acciones para reivindicar la porción de terreno de que injustamente se crean desposeídos, acciones regidas en cuanto á su prescripción por los principios generales del derecho.

Efectos de la citación en los deslindes administrativos.—En los deslindes que la autoridad administrativa acuerda dentro de sus privativas atribuciones, es precisa la citación previa de los intere-

sados, á fin de que, concurriendo al acto, hagan las observaciones oportunas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de Noviembre de 1889 (*Gaceta* de 23 de Enero de 1890), ha resuelto acerca de este punto «que no puede invocarse válidamente contra los vecinos de un pueblo el deslinde administrativo en cuyo expediente sólo se hicieron las citaciones por medio de edictos publicados en el *Boletín oficial* de la provincia, no apareciendo, por tanto, aquéllos debidamente citados».

Sobre tan importante materia ha decidido también el Consejo de Estado (sentencia de 23 de Mayo de 1876, *Gaceta* de 10 de Junio siguiente): 1.°, que al verificarse por la Administración los deslindes, los dueños de los predios confinantes sólo tienen derecho á intervenir en las diligencias y operaciones que se practiquen para fijar la medición y linderos de los terrenos que les pertenezcan, y á reclamar por los perjuicios que con tal motivo se les originen, siendo, por tanto, inadmisibles como impertinentes las pretensiones dirigidas á que se declare la nulidad del deslinde por actos ú omisiones en diligencias relativas á otros interesados que, debidamente citados, las consintieron sin protestas ni reclamaciones; 2.°, que aun siendo cierto que no apareciese del expediente se publicasen edictos en el *Boletín*, con el anuncio en dicho periódico oficial y las citaciones personales á los interesados, se consiguió que éstos tuviesen conocimiento de las operaciones que habían de verificarse; 3.°, que no pueden decirse perjudicados unos herederos porque únicamente fuesen citados dos de ellos en nombre y representación de los demás; y 4.°, que tampoco habrá de apreciarse como motivo de nulidad el haberse negado el ingeniero que hizo el deslinde á examinar los documentos que le exhibieron los reclamantes; toda vez que siendo de letra ininteligible no podía estimar el valor de su contenido, y porque si á aquéllos interesaba se tuviesen á la vista para decidir sobre sus reclamaciones, pudieron solicitar se uniesen al expediente ó presentarlos después con ese mismo objeto.

ARTÍCULO 385

El deslinde se hará en conformidad con los títulos de cada propietario y, á falta de títulos suficientes, por lo que resultare de la posesion en que estuvieren los colindantes.

ARTÍCULO 386

Si los títulos no determinasen el limite ó area perteneciente á cada propietario, y la cuestión no pudiera resolverse por la posesión ó por otro medio de prueba, el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales.

ARTÍCULO 387

Si los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor ó menor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento ó la falta se distribuirá proporcionalmente.

Estudiado en el comentario al artículo precedente el derecho de deslinde como consecuencia del de propiedad, y fijada detenidamente la naturaleza de las acciones que regulan la efectividad de su ejercicio, al analizar el texto de los tres artículos que acabamos de transcribir, habremos de considerar: 1.°, la manera de practicar el acto material de la fijación de límites, ordenando el Código sobre este punto que ante todo se atienda á lo que resulte de los respectivos títulos de cada propietario interesado en la operación, y únicamente á falta de títulos escritos de dominio, se esté á lo que resulte de la posesión continuada, quieta y pacífica en que se hallase el colindante; y 2.°, la forma de dar solucion á las diferencias que se susciten sobre la cabida mayor ó menor de las heredades en presencia de lo que de los títulos resulte, ó cuando esa cabida no conste especificada en ellos, estableciéndose con acierto en el Código reglas fijas de adjudicación para ambos casos; sistema inspirado en la tradición del derecho sobre la naturaleza

de la acción divisoria de límites, pero muy preferible al prudente arbitrio judicial de las antiguas leyes.

El deslinde de los predios contiguos puede ser realizado, bien ejercitando en juicio declarativo la acción correspondiente, bien por acto de simple jurisdicción voluntaria, ó, finalmente, celebrando los interesados concordias ó convenios extrajudiciales, al objeto de prevenir ó resolver, según los casos, las cuestiones que surjan con motivo de los respectivos límites de sus propiedades limítrofes.

De los deslindes verificados sin la intervención del juez, nada consigna el Código en el presente capítulo. Su silencio está perfectamente justificado. Ese detalle, como pronto indicaremos, tiene adecuado lugar en distintos artículos donde se desenvuelven principios de aplicación general á la materia, correspondiendo, por otra parte, á las leyes de procedimiento regular ciertas particularidades sobre el ejercicio de los derechos que al Código le basta consignar aquí en forma meramente declarativa.

¿Es esto decir que nuestro Código no reconoce la validez de los deslindes llevados á efecto por los interesados sin acudir á la intervención judicial? Ciertamente que no. Los convenios acerca de las cuestiones entre los colindantes para fijar la línea divisoria con hitos ó mojones, ó para evitar unas veces y terminar otras las diferencias surgidas sobre sus respectivos derechos, son en su esencia jurídica un contrato, ó una verdadera transacción, tal y como define este acto el art. 1809 del Código. Su validez, las formalidades extrínsecas é intrínsecas del contrato, la capacidad de los contratantes y la manera de suplir ó completar esa capacidad, habrán, por tanto, de regirse conforme á los principios aplicables á la transacción de derechos. Y excusado parecerá decir que esos mismos principios han de tenerse en cuenta para los deslindes que se soliciten en acto de jurisdicción voluntaria, puesto que lo en ellos acordado recibe su fuerza del mutuo asentimiento de los interesados, y no de resolución final alguna del juez que interviene en el asunto.

Abundando en estas mismas razones el código de Portugal, modificó los artículos 2542 á 2549 del primitivo proyecto, que ad-

mitiendo la demarcación extrajudicial, efectuada, bien por peritos designados por los interesados, ya por amigables componedores ó ante árbitros elegidos de común acuerdo de las partes, mandaban que, bajo pena de nulidad, se elevase el convenio á escritura pública; y el código de Colombia ha llevado igualmente á sus leyes procesales, muy minuciosas en este particular, cuanto al mismo hace relación.

Solamente el código argentino (art. 2753) continúa consignando «que las operaciones de deslinde pueden hacerse por los interesados mediante acuerdo entre ellos que conste de escritura pública, el cual, una vez aprobado judicialmente, servirá de título de propiedad, salvo perjuicio á tercero, sin que el acto pueda ser atacado por otras causas que las que invalidan las convenciones en el derecho»; no teniendo nosotros noticia de código alguno que siga lo expresamente preceptuado en el de la República Argentina.

Por lo expuesto, procede sostener respecto á los deslindes extrajudiciales y á los que se lleven á cabo en la forma establecida por el tít. 15, libro 3.° de la ley vigente de Enjuiciamiento civil: 1.°, que su validez y eficacia se regulan por los principios comunes de los contratos, y en su caso por los consignados para las transacciones en el tít. 13, cap. 1.°, libro 4.° Código civil; 2.°, que conforme á lo prescrito en el art. 1293, lo convenido no puede rescindirse por lesión, salvo en los casos terminantemente expresados en los números 1.° y 2.° del art. 1291 del presente Código; y 3.°, que para la validez, á los efectos de la inscripción, de las adquisiciones de dominio por contratos privados ó reconocidas por consecuencia de juicios de apeo ó prorrateo antes ó después de 1.° de Enero de 1863, ha de estarse á lo dispuesto en los artículos 405 y 409 de la vigente ley Hipotecaria, cuyos artículos determinan la eficacia ó ineficacia en juicio, según los casos, de los convenios sobre deslindes; cuya validez respecto á tercero, y tal carácter tienen los colindantes si no hubiesen intervenido en los actos originarios del deslinde, se especifica en los artículos 23 y 27 de la citada ley Hipotecaria.

Consigna el art. 385, primero de este comentario, un precepto

claro y terminante sobre la manera de proceder á la operación material del deslinde de las heredades contiguas; precepto que se aparta de aquellas reglas prudenciales de conducta establecidas en la ley 10, tít. 15 de la Partida 6.ª. Ordena dicho artículo, que «el deslinde se hará en conformidad con los títulos de cada propietario.» ¿Quiere esto decir que es obligatoria é ineludible la presentación de esos títulos? Contra la opinión de un ilustrado compañero entendemos que no, puesto que no es imperativo el mandato de la ley, y que preve el caso de que no haya títulos, ordenando lo que ha de hacerse á falta de ellos. Sobre este punto deberá estarse á lo que la ley de Enjuiciamiento civil ordena. En el expediente de jurisdicción voluntaria es potestativa la presentación de los títulos, como lo declara el art. 2065 de dicha ley. Y si, por oposición ó falta de avenencia es preciso acudir al juicio declarativo, en él se observarán las reglas establecidas para la presentación de documentos en los artículos 503 y siguientes de cha ley. No se entienda por esto que desconocemos la conveniencia de presentar para el deslinde los títulos de propiedad, como lo harán sin duda todos los interesados que los tengan y procedan de buena fe.

Conforme, pues, á las disposiciones citadas, si cada propietario hubiere presentado los títulos de su propiedad, lo que deberán hacer, el actor al solicitar el deslinde, y los demás interesados al concurrir al acto en virtud de la citación que se les habrá hecho, los examinará el juez, como podrán hacerlo también los demás interesados ó sus defensores, y de conformidad con lo que de ellos resulte se hará el deslinde. Y sólo y exclusivamente cuando los títulos de dominio no expresen de modo bastante los límites de cada heredad, ó cuando por insuficiencia ú oscuridad de expresión no basten á trazar las respectivas líneas divisorias, y también cuando no se hubieren presentado ó no los haya, se acudirá al medio supletorio de la posesión legal en que los colindantes estuviesen. La doctrina es tan clara, que aleja toda duda racional.

Ahora bien: entendemos por títulos, á los efectos de los artículos 385 al 387, los documentos públicos y fehacientes otorgados

entre vivos ó por causa de muerte, en los cuales conste el derecho sobre el inmueble, ó sobre derechos reales en él constituídos, de la persona ó personas interesadas en la operación del deslinde, cuyos documentos habrán de ser auténticos, esto es, expedidos por autoridad ó funcionario competente; deberán hacer fe por sí solos, y hallarse, finalmente, inscritos, porque de lo contrario no perjudicarán á tercero, que tal es el colindante que no intervino en el acto originario del dominio. Son igualmente títulos las informaciones posesorias inscritas debidamente por el propietario á falta de título de dominio, conforme á lo prevenido en el tít. 14 de la ley Hipotecaria, modificada en ese punto por la de 17 de Julio de 1877. Así se deduce de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Marzo de 1867, según la cual «la información posesoria que haya servido para la inscripción, conforme á la ley Hipotecaria, es suficiente prueba de dominio, ínterin no se presente otro título dominical que, por su mayor robustez, destruya la eficacia del título posesorio».

Siendo la posesión, en la verdadera acepción jurídica de la palabra, «una propiedad presunta mientras no se pruebe lo contrario», es justo que cuando el deslinde no pueda realizarse por lo que resulte de titulación escrita, bien porque de ella carezca el propietario, bien porque los títulos no sean suficientes á determinar el dominio, se atienda al estado posesorio, el cual habrá de demostrarse cumplidamente, pudiendo acudirse á lo que aparezca de anteriores deslindes, comprobando la situación de los antiguos mojones y utilizando, en fin, otros diversos medios de prueba encaminados á evidenciar el estado de quieta y continua posesión, no interrumpida ni prescrita, conforme á derecho.

Al practicarse el acto material del deslinde, pueden ocurrir cuestiones de naturaleza bien diversa. Cuando los límites de los terrenos estén cuestionados, ó cuando los antiguos mojones se hallasen destruídos sin quedar huella de ellos, surgirá una verdadera contienda de propiedad si los colindantes reclaman la restitución de un terreno en cuya posesión estuviere otro de los propietarios limítrofes. Entonces se produce una litis sobre el derecho de pro-

piedad, sólo reclamable mediante la oportuna acción reivindicatoria en el correspondiente juicio declarativo. Mas, aparte de tal litigio, pueden ocurrir otras dudas y cuestiones, íntimamente relacionadas con la operación del deslinde, que también habrán de resolver los tribunales en juicio contradictorio por implicar una cuestión de dominio, cuando haya desavenencia entre los interesados. Esas cuestiones podrán surgir por deficiencia de los títulos, ya porque no se determine en ellos el límite ó área que corresponda á cada propietario, ó bien porque resulte un espacio mayor ó menor del que comprenda la totalidad del terreno. En tales casos, y en el supuesto de que por el resultado de las pruebas no pueda apreciar el juzgador á quién pertenece el terreno cuestionado, corresponde al legislador prever y resolver el conflicto del modo más conforme á equidad y al interés público, como lo hace nuestro Código en los artículos 386 y 387 que estamos examinando. Iguales resoluciones contienen los artículos 2342 y 2343 del código de Portugal.

Ya se ha dicho que el deslinde ha de hacerse en conformidad con los títulos de cada propietario, como se ordena en el art. 385. Si de ellos resulta con claridad y precisión la cabida en hectáreas, fanegas ú otra medida superficial, que tenga una finca, ó su area ó extensión dentro de lindes indubitados de modo que constituya un cuerpo cierto, ha de darse á aquella finca el terreno que marquen los títulos, sin que su dueño tenga derecho á más, como declaró el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 5 de Febrero de 1869, dictada en pleito contencioso-administrativo, cuya jurisdicción le estaba entonces encomendada. «Considerando, dice dicha sentencia, que al que en estas operaciones de deslinde se le da en su labor ó heredad toda la cabida que sus títulos indican, no tiene derecho á pedir más, aun siendo oscuros los términos de los colindantes, porque se reserva siempre el mayor esclarecimiento para el juicio de propiedad.» De suerte que á los que se hallan en este caso no es aplicable el art. 386, aunque sean deficientes los tí- títulos de sus colindantes.

Dicho artículo se refiere exclusivamente al caso en que sean tan deficientes los títulos de ambos colindantes, que no determinen

el límite ó área del terreno perteneciente á cada propietario, y que además no pueda resolverse la cuestión por la posesión ó por otros medios de prueba, uno de los cuales podrá ser la presunción, fundada en la situación de los predios colindantes, que establece expresamente el código portugués en sus artículos 1341 y 1342, y que permite también el art. 1253 del español.

En el supuesto, pues, de la falta de pruebas para que el juez pueda apreciar y resolver en justicia á cuál de los colindantes corresponde la porción de terreno cuestionada, ordena con notoria equidad dicho art. 386, que en tal caso «el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales». Esta distribución no ofrecerá dificultad cuando sólo sean dos los colindantes que litiguen; pero podrá suceder que sean dos ó más, y de distintos dueños, las fincas confinantes con lo que se trate de deslindar, de suerte que resulte la contienda entre tres ó más. En tacaso, no sería justo distribuir el terreno en tantas partes iguales cuantos sean los contendientes, ni este puede haber sido el objeto de la ley. Dada la índole de estas acciones, el que solicita el deslinde litiga separadamente con cada uno de los colindantes, aunque todos concurran á un mismo juicio, y en el supuesto de que la cuestión versará entre aquél y uno de éstos, como ocurrirá las más veces, ordena la ley que se distribuya en partes iguales, ó sea la mitad para cada uno, el terreno de la contienda. Pues bien; haciendo lo mismo entre aquél y los demás colindantes, ó sea dando á cada uno la mitad del terreno de la contienda que confronte con su finca respectiva, se hará lo que la razón aconseja como justo, y quedará cumplida la ley en su letra y en su espíritu.

Otro caso puede ocurrir distinto y aun inverso del anterior: puede suceder que los títulos determinen con precisión el área perteneciente á cada propietario, pero que del apeo y medición resulte un espacio mayor ó menor del que comprenda la totalidad del terreno. Por ejemplo: según los títulos, una de las fincas tiene la cabida de 50 hectáreas y su colindante la de 25, que hacen el todo 75; pero de la medición de ambas fincas, hecha para su apeo y deslinde resultan seis hectáreas de más, que no se sabe á cuál de

las dos fincas pertenecen; y lo mismo si resultan de menos. Para este caso ordena el art. 387, último de este comentario, que «el aumento ó la falta se distribuirá proporcionalmente». Esta proporción habrá de ser con relación á la extensión de cada una de las fincas, de suerte que en el ejemplo antes propuesto, de las seis hectáreas que resultan de aumento ó de falta, corresponderán cuatro á la finca de 50 hectáreas y dos á la de 25. La misma solución da al caso el art. 2343 del código de Portugal.

Pero téngase presente que sólo podrá aplicarse esta solución de equidad, ordenada por la ley, cuando estén confundidos los límites de ambas heredades de modo que no pueda determinarse la verdadera linea divisoria, y por la posesión ni por otros medios de prueba, inclusa la presunción antes indicada, tampoco pueda resolverse á quien corresponda el terreno objeto de la contienda. Si de los títulos de una de las fincas resultan bien determinados sus linderos con la otra, de conformidad con ellos se hará el deslinde, según ordena el art. 385, sin que haya lugar á distribuir proporcionalmente el exceso ó la falta de terreno, que pertenecerá en este caso á la finca en que se halle. Es decir, que en este caso no puede tener aplicación el art. 387, ni tampoco el 386.

¿Podrá oponerse la prescripción cuando por virtud de un acto de deslinde no reclamado se hubiese cometido error en la colocación de los mojones?—Ya hemos consignado que el deslinde no interrumpe la posesión para los efectos de la prescripción (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Febrero de 1859); y como quiera que, conforme al art. 1965 del Código civil, la acción de deslinde es imprescriptible, el error cometido en el mismo no causa estado, y como error de hecho debe subsanarse ó corregirse luego que se advierta, rectificando el deslinde, sin que pueda objetarse la prescripción. Pero esto ha de entenderse sin perjuicio de la prescripción del dominio, para lo cual podrá servir de justo título la adjudicación hecha en el deslinde, si media la buena fe y la posesión por el tiempo y con los demás requisitos legales. «El derecho de exigir el deslinde no prescribe nunca, salvo la prescripción correspondiente á la propiedad», dice con claridad y precision el código por-

tugués en su art. 2345, y la misma doctrina sanciona el español en el artículo antes citado y en los demás que se refieren á la prescripción.

CAPÍTULO IV

Del derecho de cerrar las fincas rústicas.

Así como por virtud del deslinde el que posee el dominio ú otro derecho real sobre el inmueble tiene á su favor el derecho llamado de demarcación, por el cual—aparte de consideraciones de verdadero interés público—se reconoce la facultad de restablecer de modo imprescriptible las perturbaciones consiguientes á una intrusión injustificada, dando permanencia con la fijación de señales exteriores á los límites de las propiedades, el derecho de cerrar y acotar las fincas rústicas, determinado en el presente capítulo, á la par que garantiza la defensa del inmueble, excluye de su disfrute á extrañas personas, permitiendo la ley con ello al dueño usar y gozar libremente del derecho primario de propiedad, sin otras limitaciones que las que justa y acertadamente aquélla impone, ya por razón de pública utilidad, ya en debida correspondencia del respeto á los derechos de otras personas.

Y si en los predios urbanos, naturalmente cerrados por los muros y puertas exteriores, se estimaría contrario á los principios que informan el concepto jurídico de la propiedad desconocer en el propietario la atribución de defender sus fincas cerrándolas convenientemente, no menos opuesto á tales principios sería el admitir que en los predios rústicos no pueda su dueño cercarlos exteriormente en cualquiera manera, ó colocar en su defecto señales perceptibles para impedir que nadie penetre en ellos ni se aproveche de sus frutos, ni perturbe, en fin, su estado posesorio con desconocimiento evidente de un derecho indiscutible.

Podrá por anormalidades y efectos meramente circunstanciales haberse desconocido en las leyes ese derecho; pero su negación absoluta se nos manifestaría siempre como un atentado violento á

los fundamentos inmutables de la noción de la propiedad, cuyo ordenado ejercicio se perturba al no otorgarse la exclusión en el goce de la cosa de personas ajenas á la del propietario.

No porque ya no subsistan los privilegios feudales, huelga, como ha dicho algún tratadista, la consignación expresa del derecho atribuído al propietario de cerrar ó simplemente acotar sus fincas, porque tal declaración, que fuera ociosa respecto á la propiedad urbana, es indispensable en lo que hace á los predios rústicos; ya que protecciones exageradas á la riqueza pecuaria en detrimento de la agricultura, y prácticas abusivas, más de una vez sancionadas en la ley, requerían que, aparte de la especificación del derecho de cerramiento en el tratado de las servidumbres, se estableciese, al estudiar el concepto de la propiedad, que el cierre y acotamiento de las heredades no es sino una natural atribución del propietario, emanada del derecho, á éste otorgado en la ley, de usar y gozar sus cosas con exclusión de toda otra persona que venga á limitar su dominio, á menos de ostentar sobre aquéllas un verdadero derecho real expresamente reconocido.

Y entiéndase bien que lo que acabamos de decir no significa que la facultad de cerrar las fincas resida en otra persona que la del propietario. Tal derecho radica en él exclusivamente, y antes de la declaración del art. 388 del Código civil así lo había sancionado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 28 de Diciembre de 1861, 1.° de Mayo de 1862 y 13 de Octubre de 1864), no otorgando esa facultad á los poseedores de derechos reales; si bien es cierto que la atribución expresada sufre una importante limitación ante la existencia sobre el predio de servidumbres reconocidas, como en su oportunidad habremos de consignar.

Por lo demás, al estudiar en nuestra historia jurídica las vicisitudes del acotamiento y cierre de las fincas rústicas, no nos atreveremos á suponerle negado en absoluto, pero sí nos aventuramos á entenderle desconocido, con ser tal derecho, como ya se ha expuesto, inherente al concepto de la propiedad individual.

El Fuero Juzgo, verdadero monumento legislativo de nuestro

tradicional derecho, reconocía la comunidad de los pastos para los ganados trashumantes (leyes 26 y 27, tít. 4.°, libro 8.°), pero sólo en los campos abiertos y desamparados, prohibiendo tal costumbre en los viñedos y mieses, así como en los prados adehesados, ó *cerrados por pared ó seto, y no por zanja* (leyes 12 y 15, tít. 3.°, libro 8.°), permitiéndose, no obstante, el uso de los barbechos y rastrojos desde que se levantaban las cosechas hasta la época de la siembra; costumbre origen de las *derrotas*, que han llegado hasta nuestros días (Altamira, *Historia de la propiedad comunal*, cap. 2.°).

En cuanto á los elementos de origen romano que inspiraron más tarde nuestra legislación de las Partidas, parécenos también que no se dió al olvido aquel elevado concepto de la propiedad y su ejercicio formulado en las leyes del Digesto; reflejo del pueblo que—según la adecuada expresión de un escritor profundo—colocaba bajo el amparo de la divinidad la tierra de cada ciudadano y el sepulcro de sus padres, castigando como un crimen el hecho de saltar la *cerca que rodeaba el campo vecino.*

No puede, en efecto, ofrecerse sanción más perfecta al derecho de cerrar los predios rústicos que la noción de la propiedad, concebida por las leyes de Partida como *poder que el hombre tiene en sus cosas de hacer de ellas y en ellas lo que quisiere según Dios y según fuero.* Mas es lo cierto que ese poderío de hacer en la propiedad que nos pertenece todo aquello que por no oponerse al derecho de los demás la ley no prohiba, que es después de todo lo que significa la facultad de sustraer nuestras heredades á la entrada y disfrute de los extraños, salvo servidumbres públicas ó de carácter privado que debidamente constituídas limiten nuestro derecho, no aparece fielmente respetado en algunas leyes recopiladas, tales como las leyes 2.ª, 3.ª y 9.ª, tít. 25, libro 7.° de la Novísima Recopilación, que impedían el acotamiento de los predios sin real licencia, en beneficio exclusivo de la industria pecuaria, pero con desconocimiento de las legítimas atribuciones de los propietarios.

Mayor respeto á esas atribuciones significa sin duda la Real cédula de 15 de Junio de 1778 (ley 19, tít. 24, libro 7.° de la No-

vísima Recop.), otorgando á los dueños de tierras y á los arrendatarios la facultad de cerrarlas ó cercarlas por veinte años si las destinaban á la cría de árboles silvestres, y perpetuamente si en las tierras se hicieren plantíos de olivares, viñas, arbolado ó huertas; sin que fuesen para ello precisas concesiones especiales, encargando á los tribunales amparasen ese derecho contra cualquier uso ó costumbre, que no debía prevalecer sobre el que los particulares tienen para dar á sus terrenos el aprovechamiento y beneficio que les sea más lucrativo. Pero no tardó mucho tiempo en caer en desuso dicha Real cédula. Ante las exigencias de los ganaderos y á la sombra de los privilegios concedidos á la riqueza pecuaria desde la época de los reyes D. Carlos y Doña Juana, se promulgó en 1795 otra Real disposición (ley 11, tít. 27, libro 7.° de la Novísima Recopilación), permitiendo la entrada en las heredades á los ganados, y prohibiendo el acotamiento, caso de no ser las fincas á propósito para el plantío, con lo cual quedaba sin efecto la cédula de 1778 en cuanto á la libertad de acotar todas las heredades de dominio particular. Quien deseoso de estudiar el motivo de tan extraordinaria protección á la ganadería en perjuicio de la agricultura, consulte los privilegios legislativos otorgados al llamado Concejo de la Mesta, con su forma de gobierno tradicional, su jurisdicción privativa encomendada á los alcaldes de cuadrilla y su antigüedad anterior á los tiempos del rey Don Alonso el Sabio, encontrará seguramente la racional explicación de las limitaciones impuestas á la propiedad rural; limitaciones que hoy en bien de la justicia han desaparecido por completo, si bien se protegen de modo conveniente los intereses de la Asociación general de ganaderos por virtud de lo dispuesto en el Real decreto de 13 de Agosto de 1892 y reglamento de la propia fecha.

Finalmente, sancionado de manera expresa el derecho de cerrar ó acotar las heredades á perpetuidad, y salvo el respeto á las servidumbres debidamente constituídas por la ley de 8 de Junio de 1813, restablecida en 6 de Septiembre de 1836, y aclarada por Real orden de 25 de Noviembre de 1847, y consignado ese propio derecho en el art. 15 de la ley de 10 de Enero de 1879, el art. 388

del Código civil, que vamos á estudiar, es la expresión de carácter sustantivo de una facultad inherente al dominio, cuyas atribuciones sustanciales, ya definidas en el cap. 1.° del presente título, vienen desenvolviéndose ordenadamente en los diversos capítulos que dicho título comprende.

ARTÍCULO 388

Todo propietario podrá cerrar ó cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos ó muertos, ó de cualquiera otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituídas sobre las mismas.

I

Indicaciones generales.

Consígnase en este artículo un derecho, llamado con acierto de *exclusión y de defensa*, el cual, como verdadero contenido del dominio pleno y absoluto, viene exclusivamente atribuído al propietario, salvo las naturales limitaciones en su ejercicio que el reconocimiento de servidumbres legalmente constituídas impone á ese derecho.

El Código civil debía declarar, como en efecto declara, que el cerramiento de las fincas, *en cualquier manera que él se verifique*, habrá de ser respetado; declaración sustantiva necesaria ante las vicisitudes histórico-jurídicas de la propiedad rústica en España, y á la vista de leyes y pragmáticas que negaban ese derecho esencial al de propiedad; leyes aplaudidas por escritores como Avendaño, Suarez, Covarrubias y Hermosilla, y más tarde elocuentemente combatidas por el Regente de la Audiencia de Sevilla, señor Bruna, y el ilustre Jovellanos, en su inmortal *Informe sobre la ley agraria.*

Nuestro Código, por otra parte, no desciende como el de Portugal (arts. 2346 al 2353) á particularizar la materia, reservando su desenvolvimiento al tratado de servidumbres (secciones 3.ª y 4.ª, cap. 2.°, tít. 7.°); lugar conveniente para ser estudiado el ejercicio de un derecho, cuya definición ha de hacerse al ser determinados

los atributos inherentes á la propiedad, y que son objeto, como hemos indicado, de todo el tít. 2.° del presente libro. La ley civil cumple, por tanto, con establecer en el presente capítulo una declaración expresa, inspirada en el enunciado indiscutible de que, aun cuando toda propiedad se entiende, por propio ministerio de aquélla, cerrada, el propietario puede materialmente cerrarla ó cercarla en la forma que crea oportuno; sancionando ese derecho, cuando su perturbación se realice, con la aplicación de las penas establecidas en los artículos 607, 608, 609, núm. 2.° del 610, 611, 612 y 613 del vigente Código penal.

Aventaja, de consiguiente, la ley civil española al proyecto de código de 1851, que sin esa consignación expresa del derecho de cerramiento, hoy establecida en el tratado de la propiedad, sólo hacía de él referencia en la materia de servidumbres; lugar en que á la presente continúan desenvolviendo el asunto los códigos de Francia, Bélgica, Méjico, Colombia, Chile y Uruguay, frente á los de Italia, Portugal y República Argentina, que adoptan el método más racional en que se ha inspirado nuestro Código civil vigente.

II

Extensión del derecho de cerrar las fincas rústicas y modo de ejercitarlo.

Ante la claridad del concepto empleado por el Código en el artículo que estamos estudiando, carece ya de oportunidad la cuestión presentada por algunos tratadistas acerca de la significación igual ó diferente de las frases jurídicas *cerrar* y *acotar*. Surgió esa discusión, magistralmente tratada en la *Enciclopedia española de Derecho*, publicada por Arrazola y otros distinguidos jurisconsultos (artículo ACOTAMIENTO), y por Escriche en su *Diccionario de Legislación*, de la manera de interpretar el decreto-ley de 8 de Junio de 1813, diversamente entendido por las Reales órdenes de 17 de Mayo de 1838 y 25 de Mayo de 1847, acudiendo también la respetable doctrina del Tribunal Supremo (sentencia de 12 de Febrero de 1864) á fijar el sentido de la palabra *acota-*

miento, tal y como la definían las leyes 1.ª, tít. 25, y 11, tít. 27, del libro 7.º de la Novísima Recopilación. Basta, pues, en honor á esta tesis, que vemos minuciosamente estudiada por todos los comentadores y tratadistas, consignar que *cerrar* ó *cercar* una heredad es poner en sus límites exteriores algo que materialmente impida la entrada, y *acotar* es la colocación de hitos ó mojones que demuestren la voluntad del dueño de que nadie penetre en su finca; pero en uno y otro supuesto, con *cerramientos* ó simples *cotos*, y aun con la mera indicación en forma ostensible de hallarse prohibida la entrada, los efectos legales son los mismos. De consiguiente, cerrada ó meramente acotada una heredad, y á veces sin uno ni otro requisito, no puede entrarse en ella sin incurrir en la correspondiente sanción penal (art. 607, núm. 4.º, y 608, número 3.º, ambos del Código penal de 1870).

De otra parte, en el artículo que comentamos, se ha abandonado muy discretamente la antigua tecnología, y en lugar de las frases *cerrar* y *acotar*, se habla de *cerramientos* ó *cercas*, facultándose al propietario para construirlos con paredes, zanjas, setos vivos ó muertos, empalizadas, etc., ó de *cualquier otro modo;* concepto tan amplio, que permite entender cerrada una finca con la mera indicación afirmativa de su dueño, expresada en sitio claramente visible al exterior. Y por último, aparte de que en todo momento la ley reconoce en el propietario la facultad de cerrar, ó simplemente acotar sus heredades, por sólo el hecho de atravesarlas, aun estando abiertas, si fueren plantíos, sembrados, viñedos ú olivares, se incurre en responsabilidad criminal; responsabilidad también exigible en fincas de otra clase por el acto de penetrar en ellas si estuvieren cerradas ó cercadas, ó claramente manifiesta la prohibición de entrar. No es menos explícita la doctrina de que todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquier clase pertenecientes á dominio particular, se entienden cerradas ó acotadas, aunque materialmente no lo estuviesen, consignada en el art. 15 de la ley de 10 de Enero de 1879, regulando el ejercicio de la caza.

No estamos conformes con aquellos comentaristas que entien-

den que al cerrar ó acotar un propietario sus heredades ha de someterse á un procedimiento que se pretende asimilar al ideado en el art. 2.° del proyecto de ley de 6 de Octubre de 1834. Holgaría examinar esta cuestión el contexto claro y explícito del art. 388 que ahora comentamos, donde ni, como en el 384, se exige la previa citación de los colindantes, ni se hace otra cosa que declarar en favor del propietario la facultad de cerrar ó cercar sus fincas, sin perjuicio de las servidumbres debidamente constituídas. ¿Ha sido acaso un olvido del Código, que habrá de suplirse en la práctica aplicación de sus preceptos? Seguramente no. Aparte de que el proyecto de la ley de 1834 se consideró como un verdadero retroceso en la materia, y no tiene ni tuvo nunca fuerza legal, ya la Real orden de 9 de Junio de 1848 estableció la buena teoría, aceptada por el Código civil, de que cuando el acotamiento, como hecho indicativo de la propiedad, tuviese su origen en la voluntad del propietario, sólo á él incumbía ejercitar ó no el derecho que la ley le otorgaba de cerrar ó acotar sus heredades, y no á *autoridad de clase alguna.* Aclaraba además esa Real orden que era cosa bien distinta de la facultad otorgada al propietario, para cerrar ó acotar sus fincas, el amojonamiento por resultado de un acto judicial de deslinde, pues mientras éste era un hecho voluntario meramente indicativo de la propiedad, el cerramiento ó acotamiento significaban un efecto del derecho absoluto, y por ello exclusivo del dominio que en virtud del ministerio de la ley venía atribuído al dueño del inmueble. Tan esencial diferencia estaba á mayor abundamiento sancionada por la doctrina del Tribunal Supremo, como puede verse consultando la sentencia de 12 de Febrero de 1864, en la cual se resuelve «que el acotamiento formalmente practicado, no puede confundirse en sus efectos con un procedimiento de deslinde y apeo».

Mr. Laurent, al estudiar el concepto del cerramiento, resuelve á este particular, con la discreción que le es propia, que siendo la facultad de cerrar las fincas natural y lógica consecuencia del derecho de propiedad, no implica como el deslinde una obligación de vecinaje, porque el que se cierra *no demanda nada á su vecino*

(*Principes de Droit civil français,* tomo 7.º, pág. 498), siendo, por todo lo expuesto, innecesario acudir el propietario á la autoridad judicial para el mero ejercicio de un derecho que la ley expresamente le reconoce, y que ha de realizar dentro de los límites de su propiedad.

Aparte de las servidumbres, de que luego hablaremos, y de lo dispuesto en el art. 602 del presente Código, la jurisprudencia francesa (Dalloz, 1857-2, 196), ha estudiado y resuelto el caso de una verdadera excepción del derecho de clausura de las fincas en el caso de indivisión de ellas. El copropietario de una cosa indivisa no tiene el derecho llamado de exclusión, como le disfruta el propietario único y absoluto: su derecho vendrá regido por los principios que informan la comunidad. De modo que si bien cada condueño puede disfrutar de la cosa común en los términos á que ella esté destinada, es igualmente un principio que el disfrute de los unos no pueda limitar el derecho de los demás. Aplicando esta doctrina la jurisprudencia francesa, ha resuelto que los Tribunales, caso de contienda litigiosa, habrán de decidir si el derecho de un copropietario puede ser conciliado con el de los demás, sin que haya de autorizarse el cerramiento cuando los inconvenientes que resultasen para los otros copropietarios sean mayores que las ventajas que reportara á la comunidad. (Véase Laurent, obra citada, § 442, tomo 7.º)

Como desde luego se comprende, el caso de copropiedad particular que acabamos de presentar es enteramente distinto de la comunidad de pastos, á que alude el art. 602 del Código, el cual, respetando el derecho individual del propietario, le permite cerrar sus fincas, quedando así libre de la comunidad, sin perjuicio de conservar su derecho sobre las heredades no cerradas, mientras que lo resuelto por la jurisprudencia francesa es un caso de verdadera copropiedad sobre uno ó varios fundos indivisos.

La extensión del derecho de que tratamos está relacionada también con la servidumbre de medianería, respecto de la cual deberán observarse las disposiciones de los artículos 571 y siguientes, en cuanto se refieren á las paredes, cercas, vallados, setos vi-

vos, zanjas y acequias, que dividen los jardines y predios rústicos, determinando cuándo han de considerarse como servidumbre de medianería, y cuándo como de la exclusiva pertenencia del dueño de la finca á cuya defensa están destinadas esas obras, y á quien corresponden los gastos para su construcción y mantenimiento. Y en cuanto á los setos vivos, si se forman con arbustos y no son medianeros, deberán plantarse á la distancia de 50 centímentros de la linea divisoria de las heredades, ó según la costumbre de la localidad, como se previene en el art. 591. Téngase también presente lo que se ordena en el 593 respecto de los árboles existentes en un seto vivo medianero.

El ejercicio del derecho otorgado al propietario por el art. 388, puede á veces lastimar ajenos intereses, que la ley positiva cuida de garantir oportunamente.

Aparte de las acciones de reivindicación y confesoria de servidumbre, los dueños colindantes están facultados para solicitar el deslinde si la cerca ó los mojones se internan más allá de la divisoria, de la misma manera que, sin acudir al juicio declarativo, tienen expedito el remedio del interdicto si las obras de cerramiento atacan á la posesión, perjudican á sus fincas ó causan daño al cultivo á que las tengan dedicadas. Por lo demás, ya veremos que si por las razones que se han expuesto es ociosa la previa citación de los colindantes, no lo es menos la de los que á su favor tengan reconocidas servidumbres, pues á éstos, cuando el cierre ó acotamiento se opusieren, incumbe probar la existencia real y efectiva de la limitación al dominio que invocaren contra las facultades que como inherentes á ese derecho real la ley otorga á todo propietario. (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Mayo y 26 de Noviembre de 1864, y 14 de Abril de 1866.)

III

Salvedad á favor de las servidumbres.

El cierre ó acotamiento de las dehesas, heredades y demás tierras de cualquiera clase, se ha de entender sin perjuicio de las ser-

vidumbres legalmente constituídas sobre ellas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Febrero de 1889 y sentencia administrativa de 28 de Octubre de 1871.) Esta doctrina inconcusa ha sido sancionada por el artículo que estamos comentando al ordenar, que el derecho que se concede á todo propietario para cerrar ó cercar sus heredades, ha de entenderse «sin perjuicio de las servidumbres constituídas sobre las mismas». La razón y la justicia de esta disposición son tan obvias, que es excusado demostrarlas.

Las servidumbres han de estar asimismo apoyadas en títulos legales, y aun en ese caso, la extensión del gravamen no puede ir más allá de lo que los títulos expresen. (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Abril de 1866.) Entendemos por título, conforme á la opinión de Laurent, todo hecho jurídico que engendra un derecho; de ahí que reconozcamos como tal, además de la convención expresa, la prescripción inmemorial, pero nunca las malas prácticas ó costumbres contrarias al derecho de propiedad, aun cuando hayan sido toleradas por el dueño. En cuanto á la posesión autorizada por las leyes, se confunde en sus efectos jurídicos con la prescripción.

Existen además, en beneficio general de la propiedad rústica, la servidumbre *de paso*, de que habla el art. 564, y la de *vías pecuarias*, admitida en el art. 570 y reglamentada por el 12 del Real decreto de 13 de Agosto de 1892 como indispensable para la conservación y tráfico de la ganadería. Las vías pecuarias, los abrevaderos y descansaderos, en general, son, conforme á las prescripciones de dicho Real decreto, bienes de dominio público y de naturaleza imprescriptible, sin que en caso alguno pueda justificarse la roturación ó el derecho de cierre ó cerca que impida el aprovechamiento de aquéllas. Las servidumbres de coladas y abrevadero, lo propio que el paso para que levantados los frutos transiten los ganados por las heredades ajenas, son indeterminadas en cuanto á su extensión. Por lo que hace á la servidumbre de abrevadero habrá de tenerse presente lo dispuesto en los artículos 109, 110 y 111 de la ley de 13 de Junio de 1879, sobre propiedad de las aguas.

La servidumbre, conocida en Galicia con el nombre de *medio*

yugo, y vulgarmente con el de *anda* ó *pasa boy*, es también limitativa del derecho de cerca y cerramiento, toda vez que el propietario habrá de dejar, al cerrar sus terrenos contiguos á otros labrados, un espacio de 42 centímetros (media vara), para que el coindante pueda cómodamente dar la vuelta con el arado al aproximarse á la cerca de su vecino. Y lo mismo habrá de entenderse respecto de la *senda* entre dos fincas, que permita el paso de una caballería cargada, servidumbre rústica establecida en varias regiones de España por ordenanzas ó costumbres locales.

IV

Competencia de jurisdicción en esta materia.

La autorídad judicial, como ya se ha indicado, no tiene para qué intervenir, cual acontece en los asuntos sobre deslindes, en el ejercicio del derecho otorgado por el art. 388 del presente Código á todo propietario. Podrá éste solicitar el amparo de los tribunales en favor de su derecho desconocido por supuestas servidumbres ó actos abusivos de particulares ó de autoridades administrativas; mas en caso alguno tendrá que impetrar autorización para el ejercicio de un derecho, que es emanación directa del primario de propiedad.

La jurisprudencia es sobre el particular clara y terminante. A la autoridad judicial incumbe, de modo exclusivo, resolver sobre las cuestiones de declaración de existencia ó inexistencia del derecho de servidumbre (sentencias administrativas de 21 Enero y 23 Marzo de 1871), así como en todas las reclamaciones que hacen relación á la propiedad privada, ó cuando el derecho vulnerado sea de carácter civil (art. 4.° de la ley de 13 de Septiembre de 1888). En su consecuencia, á la autoridad administrativa no le está atribuído intervenir en los cerramientos de heredades particulares, que por propio ministerio de la ley se consideran desde luego acotadas. (Decisiones del Consejo de Estado de 8 de Agosto de 1846 y 23 de Febrero de 1848.) A dicha jurisdicción administrativa corresponde, por el contrario, según la ley Municipal de 2 de Octubre

de 1877 y demás disposiciones vigentes en la materia, acotar las servidumbres públicas, manteniendo el estado posesorio en ellas cuando las usurpaciones sean recientes y de fácil comprobación (sentencias administaativas de 27 de Febrero de 1871 y 13 de Noviembre de 1874); sin que quepa contra tales acuerdos, como dictados dentro de las facultades privativas de la Administración, la vía extraordinaria del interdicto (sentencias administrativas de 24 de Junio de 1880 y 12 de Octubre de 1888).

Nacen tales atribuciones por hallarse encomendados al Estado, á la provincia y al municipio la custodia y conservación de los bienes, acciones y derechos que les pertenezcan; y por lo que hace á los ayuntamientos y diputaciones provinciales, son terminantes los preceptos de los artículos 72 y 73 de la ley de 2 de Octubre de 1877, y el 74 de la de 29 de Agosto de 1882 respectivamente.

A la Administración toca, por lo tanto, mantener el estado de derecho subsistente en materia de pastos comunes y servidumbres públicas, impidiendo para ello el cierre ó acotamiento de aquellos terrenos públicos que hubiesen sido siempre de aprovechamiento común de uno ó más pueblos; no debiendo considerarse pastos comunes los propios de los pueblos, ni los baldíos arbitrados, ni los egidos, prados y dehesas boyales destinadas para cada pueblo en particular, aunque se aprovechen en común (Real orden de 17 de Mayo de 1838, sobre uso y mancomunidad de pastos y limitaciones del acotamiento, y Real orden de 8 de Enero de 1841). Es de saberse en esta materia, igualmente, que los terrenos de propios repartidos entre vecinos ó arbitrariamente roturados, se consideran por la ley cerrados y acotados (Real orden de 26 de Enero de 1854), y que no probándose expresamente lo contrario, se presume á la propiedad libre de toda servidumbre de pastos, leñas, etc. (Real orden de 16 de Agosto de 1854). En lo que hace á la antigua servidumbre de las *derrotas*, ó sea la entrada abusiva de los ganados á pastar una vez levantados los frutos y cosechas, las autoridades administrativas habrán de evitar dentro de sus privativas facultades tales costumbres (Reales órdenes de 5 de Noviembre de 1853 y 28 de Febrero de 1855), acudiendo en su caso los dueños

á los tribunales en amparo de su derecho desconocido, bien ante la jurisdicción civil, bien reclamando la sanción del art. 612 del Código penal.

Por último, la Asociación general de ganaderos del Reino, como representante de la Administración, está obligada á reivindicar para uso de la cabaña española las vías pecuarías, abrevaderos ó descansaderos, caso de ser desconocidos en el derecho de cerca ó cerramiento, recurriendo ante los tribunales, si procede, ó ante las autoridades administrativas cuando el asunto sea de su competencia, dando en ambos casos cuenta al Ministerio de Fomento (art. 15 del Real decreto de 13 de Agosto de 1892).

CAPÍTULO V

De los edificios ruinosos y de los árboles que amenazan ruina.

El Código civil, después de estudiar en los capítulos precedentes el concepto jurídico de la propiedad y los derechos atribuídos al propietario, termina la materia del presente tít. 2.° con el examen de las obligaciones que sobre aquél pesan, á fin de conservar el inmueble de su pertenencia en las necesarias condiciones de seguridad, que eviten la contingencia de todo riesgo en las personas ó en la propiedad ajena.

Esa falta de seguridad, indicio probable de inminente ruina, puede, como á primera vista se comprende, reconocer por origen, bien la antigüedad del edificio, pared, columna, árbol, etc., ó bien la mala construcción ó flaqueza de la obra, aun siendo los edificios paredes ó columnas recientemente edificados; concepto expresado con admirable exactitud en nuestras tradicionales leyes de Partida (ley 10, tít. 32, Partída 3.ª), al decir: *que los edeficios antiguos fallescen é quierense derribar por vejez, y á veces abrense las labores nuevas, porque fueron fechas falsamente ó por flaqueza de la labor*. Y como en uno y otro caso la obra ruinosa puede lastimar los intereses de los propietarios contiguos ó inmediatos, ó poner

en peligro la seguridad de las personas, nada más justo que investir á la autoridad de facultades extraordinarias, y expeditivas por la rapidez de los trámites, para obligar al propietario á demoler inmediatamente la construcción que amenaza ruina, ó, en su defecto, á que adopte las precauciones encaminadas á evitar tal accidente.

Y téngase muy en cuenta, que en el presente capítulo no se trata de las responsabilidades que al propietario pudieran exigírsele, en consonancia con el principio jurídico, de que el hombre responde siempre de las consecuencias previsibles en todos aquellos hechos ocurridos por su negligencia, descuido ó abandono. Lo que aquí quiere la ley es precisamente evitar que el hecho ocurra, que el accidente se produzca, que el daño en la propiedad ó la lesión en las personas lleguen á ser efectivos; y á ese fin se encaminan, tanto la obligación impuesta al propietario de reparar ó demoler, si fuere preciso, el inmueble, como la institución de las acciones sumarísimas, cuyo objeto es prevenir y evitar el daño *aun no ocurrido* pero que se teme ó amenaza *(damnum infectum).* Porque si el edificio ó árbol se cayeren total ó parcialmente, y el mal á ello consiguiente se hubiese ya producido, surgirían entonces responsabilidades de otro orden, determinadas en los artículos 1902, 1907 y 1908, y que son objeto también de sanción en los artículos 581, 605, núm. 3.º, y 619 del Código penal vigente. Este último género de responsabilidades, que tan sólo aparece indicado en el artículo final del capítulo que ahora examinamos, será, por tanto, lógica consecuencia del olvido de los deberes impuestos á los propietarios; olvido realmente punible y motivo de verdadera responsabilidad civil y criminal, según acabamos de indicar.

El laconismo del Código civil en la materia de las obligaciones impuestas al dueño de propiedades immuebles en orden á su conservación, ha sido, á nuestro juicio, motivo de injustificadas censuras. La ley civil habrá, en buenos principios, de limitarse á la definición substantiva de los derechos y deberes que surjen de las relaciones jurídicas de carácter privado, reservando á las leyes de procedimiento determinar las personas ó corporaciones que pueden promover la acción correspondiente de denuncia de obra

ruinosa, así como la fijación de la competencia ó incompetencia en el asunto de la autoridad judicial ó administrativa.

El deber de prevenir la ruina de un edificio ó árbol, no es una servidumbre.—Encontramos también lógico y adecuado á un acertado plan de método, el que la doctrina sobre los deberes de los propietarios ante los derechos, tanto de los intereses privados, como de la conveniencia pública, se presente dentro del tratado de la propiedad en general. Dícese en contrario de esta nuestra tesis, que la obligación que aquí se impone á los dueños de edificios ó árboles ruinosos, es una verdadera servidumbre legal. Así lo entendió el proyecto de Código de 1851, y siguen entendiéndolo algunos códigos de Europa y el de Urugüay en América (art. 582), mientras que el de Colombia (art. 988) estudia el asunto en las acciones posesorias especiales, y el de la Argentina niega, fuera de los recursos administrativos, toda acción civil, interín el daño no se produzca, sosteniendo sus comentaristas que cualquier acción preventiva da lugar á pleitos de resolución arbitraria (art. 1132).

Que la adopción por parte del propietario de medidas preventivas que eviten un daño inminente á las personas ó á la propiedad ajena, no es una servidumbre, sino un deber, consecuencia del derecho de dominio, se demuestra: 1.°, porque no se trata de un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro, ó de una ó más personas, ó de una comunidad, sino de un derecho para precaver perjuicios, y que radica de modo incontestable en todo aquél que por negligencia ó abandono del propietario puede experimentar un daño inminente en su propiedad ó en su persona; 2.°, porque ese derecho es una justa limitación al primario de propiedad que, como todos, tiene un límite en la realidad de su ejercicio ante el derecho de los demás, que siempre habrá de ser respetado; 3.°, porque interín las servidumbres prescriben, y las acciones que de ellas nacen pierden su virtualidad á los treinta años, la acción para denunciar la obra ruinosa no es susceptible de prescripción, y la civil para reclamar el daño ya ocurrido por la caída del edificio ó árbol ruinoso, queda prescrita al año desde que lo supo el agraviado.

Precedentes y fuentes legales en la materia.—Aparte de los es-

tatutos y ordenanzas locales, cuya eficacia reconoció ya en el antiguo derecho la ley 1.ª, tít. 3.°, libro 7.° de la Novísima Recopilación, ordenanzas que, cuando han sido aprobadas en la manera prevenida por el art. 76 de la vigente ley Municipal, son ejecutivas en el asunto, las leyes de Partidas—si bien no consignaron la sustantividad de los deberes objeto del presente capítulo del Código civil—al aceptar del derecho romano la institución del interdicto de *damno infecto*, desenvolvieron su forma procesal lo relativo á obras ruinosas en las leyes 10 y siguientes, tít. 32, Partida 3.ª Deben, así mismo, consultarse, como precedente histórico-legal de las atribuciones que en concepto de policía poseen desde muy antiguo los Ayuntamientos para exigir la reparación ó demolición de obras ruinosas, las leyes 2.ª, tít. 32, y 1.ª, tít. 3.°, ambas del libro 7.° de la Novísima Recopilación.

En el derecho moderno, y separadas como lo están las atribuciones de las autoridades judiciales y administrativas, son fuentes legales—aparte de las disposiciones vigentes contenidas en el título 20, sección 4.ª, libro 2.° de la ley de Enjuiciamiento civil—la ley de 25 de Septiembre de 1863, declarada en vigor por la de 28 de Agosto de 1882, la de 2 de Octubre de 1877, y Real orden de 21 de Marzo de 1879; la ley sobre procedimiento contencioso-administrativo de 13 de Septiembre de 1888, y su reglamento de 29 de Diciembre de 1890, el Real decreto de 22 de Abril de 1890 (*Gaceta* de 25), dictado para el cumplimiento de la ley de 19 de Octubre de 1889; y por último, la importantísima Real orden de 4 de Marzo de 1893 (*Gaceta* del 7), resolutoria de una consulta sobre la diversidad de criterios acerca de la tramitación de asuntos administrativos adoptados por el Ministerio de la Gobernación y forma de ser reclamados ante el Tribunal de lo Contencioso-administrativo.

ARTÍCULO 389

Si un edificio, pared, columna ó cualquiera otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado á su demolición, ó á ejecutar las obras necesarias para evitar su caida.

Si no lo verificare el propietario de la obra ruinosa, la Autoridad podra hacerla demoler á costa del mismo.

ARTICULO 390

Cuando algun árbol corpulento amenazare caerse de modo que pueda causar perjuicio á una finca ajena, ó á los transeuntes por una vía pública ó particular, el dueño del árbol está obligado á arrancarlo y retirarlo; y si no lo verificare, se hará á su costa por mandato de la Autoridad.

I.

Doctrina de estos artículos.

Del contexto suficientemente explícito de estos dos artículos se deduce, como natural y lógica consecuencia de lo en ellos preceptuado: 1.°, que todo propietario de un edificio, árbol, pared, columna ú otro objeto análogo, que por su estado ruinoso amenace de modo inminente causar un daño á las personas ó en las cosas, está obligado, como justa y necesaria limitación de sus derechos de tal propietario, á adoptar las oportunas medidas de precaución que eviten el daño aún no causado (*damnum infectum*); 2.°, que si tales disposiciones preventivas no fuesen ya suficientes á precaver la ruina, habrá el dueño, ó la Autoridad en su defecto, de acordar la demolición del objeto ruinoso, ó que el árbol que amenaza caerse sea arrancado y retirado de su sitio; 3.°, que el Código se limita, como corresponde á su carácter de ley declarativa de derechos y deberes, á consignar los que de una y otra clase son respectivos á los propietarios, reservando á las leyes de procedimiento la efectividad de su cumplimiento ante los Tribunales, ó ante las Autoridades del orden administrativo; pues el concepto genérico de *Autoridad* empleado en ambos artículos, demuestra que el Código reconoce las facultades jurisdiccionales sobre la materia, tanto en las Autoridades judiciales, cuanto en las gubernativas, dentro, por supuesto, de las leyes especiales que regulan el ejercicio de esta jurisdicción, según los casos. Expondremos con separación cada uno de estos conceptos.

II.

Personas obligadas á la demolición de la cosa ruinosa.

Sería verdaderamente atentatorio á las atribuciones dominicales reconocidas por el art. 350 del Código civil, autorizar el principio de que la demolición de un inmueble pudiera exigirse á nadie que no fuese el propietario; toda vez que sólo por voluntario abandono y negligencia de éste, y previo solemne requerimiento al mismo, la Autoridad cumplirá en su nombre un deber que surge precisamente de la incuria del propietario en menoscabo de los intereses generales, cuya defensa incumbe á la representación de los poderes públicos. Contener el dominio dentro de sus justos límites, es, dice con acierto un tratadista, el objeto de la ley en el asunto; y nosotros añadiremos que con ello, al defender el legislador nuestras personas y nuestras propiedades del descuido y negligencia ajenas, sanciona cumplidamente la naturaleza y el alcance de una tan importantísima institución como la de la propiedad individual. El derecho privativo de un propietario se hace aquí coexistir con el ineludible deber de respetar el derecho de los demás; y de esa suma de derechos y deberes se produce el verdadero concepto jurídico de la propiedad en la realidad de su ejercicio ante los fines que le están atribuídos, á los cuales habrá de aparecer naturalmente subordinada dicha institución.

El propietario del inmueble ruinoso, ó el dueño del arbol que amenaza caerse, son, por tanto, según los preceptos del Código civil, los llamados en primer término á la demolición; y sólo por abandono de ese derecho, que es á la vez un deber, la Autoridad podrá acordar la demolición, y disponer lo necesario para que se lleve á efecto, á costa de aquél.

Antes de ese expreso mandato del Código, había ya interpretado en igual sentido la doctrina del Tribunal Supremo lo dispuesto sobre el particular en nuestro antiguo derecho. La sentencia de 27 de Septiembre de 1875 (*Gac.* de 9 de Octubre), declaró, en efecto, «que las leyes que imponen en general al particular ó cor-

poración dueños de un edificio, la obligación de derribarle y reconstruirle cuando se halle en estado de ruina, parten del supuesto, como es natural, de que durante el juicio se haya acreditado que dicho edificio corresponde en propiedad á la persona á quien se pretende imponer ese gravamen; y que negado el hecho del dominio por el supuesto dueño, incumbe al demandante la prueba de tal particular».

Así, pues, el interdicto llamado de *obra ruinosa* (libro 2.°, tít. 20, Sección 4.ª, de la ley de Enjuiciamiento civil), interesando la demolición total ó parcial de una obra, lo propio que el mandato, ó requerimiento de la Autoridad administrativa, cuando en uso de sus atribuciones acuerde la demolición, han de utilizarse contra el dueño, en quien, por serlo, residen las facultades propias del dominio, así como las limitaciones impuestas por la ley al derecho de propiedad.

No existe la contradicción que algunos han creído ver entre el art. 1679 de la ley de Enjuiciamiento civil, y lo dispuesto en los artículos 389 y 390 del Código. Verdad es que éste sólo habla de la persona del propietario como obligado á la demolición, ó á la reparación en su caso, de aquello que amenaza ruina; mientras que el art. 1679 de la ley procesal civil autoriza que sean compelidos á la ejecución de medidas necesarias para procurar interina y prontamente la debida seguridad, los administradores ó apoderados, el arrendatario ó inquilino, pudiendo, en defecto de todos ellos, suplir el actor los gastos, á reserva de reintegrarse por la vía ejecutiva del dueño de la obra. Mas esta disposición de la ley procesal se dirige á ordenar, dentro de su competencia, el procedimiento para que se cumpla la obligación impuesta por el Código con la urgencia que el caso requiere, y siempre á costa del obligado, de suerte que no resulta la menor contradicción entre unas y otras disposiciones.

Aparte de esta consideración decisiva, la concordancia de los preceptos del Código y los de la ley de Enjuiciamiento civil es evidente: 1.°, porque el deber de la reparación, sea ó no de carácter urgente, es una obligación, que lo mismo el Código que la ley pro-

cesal, imponen siempre al propietario, á quien incumbe abonar los gastos en todos los casos; 2.°, porque respondiendo únicamente á lo urgente de proveer á la seguridad de las personas y de las cosas, autoriza la ley á requerir en defecto, pero en representación siempre del propietario por su ausencia ó por otros motivos, á las otras personas indicadas en aquella, ó á permitir que el actor supla los gastos para reintegrarse ejecutivamente del dueño, y 3.°, porque en el art. 1679 de la ley de Enjuiciamiento se reconoce, lo mismo que en los ya citados del Código civil, que la obligación es del propietario, sin que pueda evadirse jamás del abono de los gastos hechos por otro en su nombre, en virtud de una especie de cuasicontrato que produce verdadera reciprocidad de obligaciones entre el dueño de la obra y los que en su representación jurídica anticiparon los gastos para evitar la caída del inmueble. No de otro modo se explica el que la acción judicial en los dos casos comprendidos en el art. 1676 de la ley de Enjuiciamiento civil, haya de entablarse contra el propietario; y que únicamente en el caso de no ser éste conocido ó de hallarse ausente, pueda el Juez acordar que practiquen las obras de reparación urgente las personas á que se refiere dicho art. 1679, sin que por ello se entienda relevado el propietario de un deber, que, como consecuencia del derecho de propiedad, le impone el citado art. 389 del Código civil, y que únicamente en su nombre y de manera accidental y perentoria, habrá de ser cumplido por su apoderado ó administrador, ó por los arrendatarios del inmueble.

III

Acción judicial de obra ruinosa: personas que pueden ejercitarla.

Más adelante habremos de ocuparnos de la acción administrativa, como materia de policía urbana, otorgada en las leyes para ordenar la reparación de los edificios ó inmuebles á ellos análogos, ó su demolición total ó parcial. Nos circunscribiremos ahora á la acción sumarísima que las leyes civiles conceden á los particulares: 1.°, para que por la Autoridad judicial se adopten medidas de precaución, á fin de evitar los riesgos que pudiera ofrecer el mal esta-

do de algún edificio, árbol, columna, pared, ó cualquiera otra construcción análoga, cuya caída pueda causar daño á las personas ó á las cosas; y 2.º, para que la propia Autoridad judicial ordene la demolición total ó parcial de una obra, bien si aun siendo nueva ofrece peligro, por su mala construcción, de producir daño, ó bien cuando por su antigüedad se halla aquélla en inminente ruina.

Como se ve, el Código civil, en perfecta armonía con lo dispuesto en la vigente ley de Enjuiciamiento, no admite otro tercer caso de acción de obra ruinosa reconocido en el antiguo derecho, á saber: cuando el agua, por arrastrar en su corriente cieno, piedra ú otra cosa, se detuviera en un campo de modo que, no pudiendo continuar su curso, se va por otro lugar ó se estanca, causando daño á los campos inmediatos, mientras ello no provenga de la naturaleza (leyes 14 y 15, tít. 33, Partida 3.ª). Siempre que esto ocurra, los dueños de los campos perjudicados no tendrán, ciertamente, la acción sumarísima de interdicto, sino otra de distinto carácter, á más de la de indemnización de daños y perjuicios, si estos fueren ciertos y efectivos.

Ya hemos indicado que es asunto ajeno al Código civil la determinación de las personas á quienes se otorga el ejercicio de la acción llamada de interdicto de obra vieja. Basta que en aquél se consigne, como lo está, que caso de incumplimiento de los deberes impuestos al propietario respecto á los inmuebles que amenazan ruina, la Autoridad pueda compelerle á cumplirlos á su costa, toda vez que á las leyes de procedimiento civil y administrativo es á las que corresponde el detalle del ejercicio de las acciones que sean procedentes.

En orden á la jurisdicción civil, no se admiten sino dos casos que autorizan la deducción de la acción de obra ruinosa, á saber:

Primer caso. *Que haya contigüidad ó inmediación entre la obra ó árbol ruinoso y la propiedad del que promueve el interdicto.*—A los propietarios contiguos ó inmediatos corresponde, en primer término, precaver unas veces y evitar otras el daño que con la obra ó árboles ruinosos les amenaza. La razón es evidente: la edificación ruinosa cercana á la nuestra, ó el árbol que amenaza caer

sobre la propiedad que nos pertenece, representan un continuo é inminente peligro, que en modo alguno podemos eludir, interín la construcción inmediata, ó el árbol vecino, nos amaguen con un daño, del cual sólo puede librarnos la acción protectora de la Autoridad judicial. De modo que siempre que haya contigüidad ó inmediación entre la obra ó arbol ruinoso con la propiedad del que promueve el interdicto, y tal propiedad pueda resentirse ó padecer por la ruina, la ley de procedimiento, mediante la concurrencia inexcusable de ambas circunstancias, otorga la indicada acción, como expresamente consigna el art. 1677 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Segundo caso. *Que el que promueve el interdicto tenga necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol ó construcción que amenace ruina.*—Así como en el caso anterior la ley civil otorga la acción de obra vieja en consideración á los perjuicios que puedan sobrevevenir á la propiedad, en el presente atiende á precaver la contingencia del daño que pueda ocurrir en las personas; subordinando, no obstante, el ejercicio de tal acción al hecho de ser á aquéllas necesario el paso por las inmediaciones del edificio, árbol ó construcción que amenace ruina. Ese hecho de la necesidad del tránsito por el lugar peligroso, ha de fundarse en un derecho, tal como el de servidumbre, ó en un perjuicio cierto, ó grave molestia, como, por ejemplo, vivir en el edificio ó sus inmediaciones, ó tener en ellos una industria, ó, en atención á razones especiales, haber de transitar por las cercanías para ir á nuestras propiedades ó al desempeño de diarias ocupaciones, á menos de dar grandes rodeos, caso de existir otros caminos; todo lo cual queda á la prudencia discrecional del juez ó tribunal que conozca del asunto.

Conviene, en conclusión, tener en uno y otro caso muy presente, que la ley civil sólo atiende para conceder ese derecho al interés privado, ó sea al de aquellos que inmediata y concretamente puedan temer el perjuicio á sus propiedades ó el daño á sus personas; pues respetando las atribuciones propias de las Autoridades administrativas, deja á éstas el cuidado de velar por la seguridad y los intereses colectivos del vecindario.

IV.

Atribuciones de la administración respecto de obras ruinosas.

Separadas completamente en la Constitución fundamental del Estado (artículos 76 y 84), las atribuciones respectivas de las Autoridades judiciales y de las del orden administrativo, y sancionadas además las leyes orgánicas correspondientes, claro es que la facultad otorgada á los Ayuntamientos para compeler al propietario á la demolición de una obra ruinosa, es cosa bien distinta de la concedida á los Jueces y Tribunales, que sólo, como es sabido, poseen de modo exclusivo la potestad de aplicar las leyes en forma de juicio, juzgando y haciendo que se ejecute lo juzgado, pero nunca en otra alguna manera de procedimiento.

El Código civil, en los artículos 389 y 390, atribuye á la *Autoridad*, en toda la extensión del concepto, la facultad de hacer demoler el edificio ú objeto que amenace ruina; pero se interpreta torcidamente el espíritu de dichos artículos, tachando al Código de obscuro porque en ellos no se habla de medidas de precaución, sino de demolición, que habrá de acordar en su caso la Autoridad, ni se especifica tampoco la clase de Autoridades que habrán de llevar aquélla á cabo. Es evidente que el Código civil debía, como ley sustantiva, declarar únicamente el derecho tuitivo de la Autoridad contra el incumplimiento de un deber en el propietario, lesivo á las personas y á la propiedad ajenas; y no es menos evidente, asimismo, que quien puede aniquilar la propiedad ordenando sea demolida, poseerá atribuciones para requerir al dueño verifique las obras necesarias á evitar su ruina, y caso de resistencia, ordenar se hagan á su costa, lo cual, después de todo, beneficia al propietario. Así, pues, como el Código dentro de la frase *Autoridad* se refiere á la judicial y á la administrativa, nuestro comentario sería incompleto si estudiado el alcance y los límites de la acción judicial de obra ruinosa, no consignásemos brevemente lo relativo á las atribuciones reservadas á la Administración en el asunto.

Los Ayuntamientos, cuando se trata de la defensa de los intereses colectivos materiales y morales del vecindario, poseen exclusiva competencia para el gobierno y dirección de tales intereses, y especialmente cuando éstos se refieran á la *seguridad de las personas y propiedades* (art. 72 de la ley de 2 de Octubre de 1877). Y como consecuencia de tales atribuciones, y por la obligación, además, en que se encuentran de procurar el exacto cumplimiento de los fines y servicios que en el ramo de policía municipal están sometidos á su acción y vigilancia, deben los Municipios por sí, á solicitud de los vecinos, ó por denuncia de los arquitectos ó agentes de la Autoridad, proceder, previa la instrucción del oportuno expediente, á ordenar á los dueños de objetos que amenacen ruina su inmediata demolición, si no fuesen susceptibles de medidas de reparación que eviten su caída, ó realizarlo por sí de oficio, caso de negativa del propietario. Lo más frecuente es que una de las comisiones del seno del Municipio sea la encargada de ese ramo de policía urbana, y ella directamente, ó por conducto del Alcalde, se dirija á los propietarios, de oficio, precediendo siempre el acuerdo del Ayuntamiento. Este no puede evadirse de la responsabilidad de lo que ejecute la comisión de fincas ruinosas que obra en su nombre y representación, una vez acordada por el Municipio que la obra sea demolida; responsabilidad determinada en los artículos 180 y siguientes de la ley municipal. (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1877, *Gaceta* de 21.)

Recursos contra los acuerdos de los Ayuntamientos en materia de demolición de obras ruinosas.—Desde luego, como el acuerdo del Ayuntamiento se halla dentro de las atribuciones que á tales corporaciones otorga la ley Municipal, el particular agraviado en caso alguno podrá utilizar la vía del interdicto, por prohibirlo expresamente el art. 89 de dicha ley, y la constante doctrina del Tribunal de lo Contencioso sentada en diversas materias de policía urbana. Ahora bien: el propietario podrá recurrir contra la providencia del Ayuntamiento: 1.º, pidiendo al Alcalde la suspensión del acuerdo por resultar perjudicial á los derechos civiles de propiedad (art. 170 de la ley Municipal), entablando al mismo tiempo la

oportuna reclamación gubernativa contra dicho acuerdo; 2.°, formulando, dentro del plazo de treinta días, la alzada ante el Gobernador civil de la provincia, cuyo plazo habrá de contarse desde la notificación administrativa, ó en su defecto desde la publicación del acuerdo (art. 171 en relación con el 140 de la citada ley Municipal); 3.°, entablando, dentro del dicho término de treinta días, demanda ordinaria ante el Juez de primera instancia del partido á que corresponda el Ayuntamiento contra cuyo acuerdo se reclama (art. 172 de dicha ley y sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1877).

¿Se entiende ultimada la vía gubernativa con la resolución del Gobernador á los efectos del recurso contencioso-administrativo?— La jurisprudencia constante del Consejo de Estado había venido sosteniendo que «las cuestiones de policía urbana, atendido el criterio de utilidad y conveniencia pública por el cual deben resolverse, sólo pueden, de modo general, apreciarse discrecionalmente por la Administración activa; y aun en las medidas de esa clase que por excepción admiten la vía contenciosa, como la *demolición de edificios urbanos*, únicamente era aquélla procedente *cuando la ley ó los reglamentos lo autorizasen, ó se tratase de reprimir contravenciones de los mismos*». (Sentencias administrativas de 26 de Octubre de 1870 y 20 de Octubre de 1871, y del Tribunal de lo Contencioso de 20 de Febrero de 1882 y 30 de Junio de 1888.) Multitud de cuestiones suscitaron en la práctica las frases *cuando la ley ó los reglamentos lo autorizasen*, que era la condicional exigida para utilizar la vía contencioso-administrativa contra los acuerdos de policía urbana dictados por los Ayuntamientos; acuerdos que se creían también reclamables en última instancia ante el Ministerio de la Gobernación. Y en tal sentido no revisten tampoco uniformidad los decretos-sentencias del Consejo de Estado de 20 de Febrero de 1882 y 30 de Junio de 1883, modificados sustancialmente por los decretos-sentencias de 26 de Abril de 1886, 12 de Octubre y 28 de Diciembre de 1888, declarando estos dos últimos que en los acuerdos municipales pone término á la vía gubernativa la resolución del Gobernador, sin que sea contra ellos

procedente la alzada al Ministerio de la Gobernación, el cual carecía de competencia para resolver en modo alguno (1).

Afortunadamente, la Real orden de 4 de Marzo de 1893 (*Gaceta* del 7), ha terminado tales dudas, resolviendo: 1.°, que habiéndose dictado la ley de 13 de Septiembre de 1888 y reglamento de 29 de Diciembre de 1890, las materias incluídas en la regla 11 del art. 83 de la ley de 25 de Septiembre de 1863 (*demolición y ruina de los edificios)*, pasan á ser contenciosas desde el momento en que el Gobernador dicte su resolución; 2.°, que en las cuestiones de policía urbana, el acuerdo de alzada ante el Gobernador pone término á la vía gubernativa, según los artículos 171 de la ley Municipal y 143 de la Provincial; procediendo únicamente contra ellos el recurso contencioso ante el Tribunal de la provincia; y 3.°, que si de la providencia del Gobernador se recurre al Ministerio de la Gobernación, debe dicho Centro limitarse á declarar su incompetencia. Por último, es de tenerse muy en cuenta en el asunto, que, según doctrina del Tribunal de lo Contencioso, el término para acudir á dicho Tribunal no se interrumpe por reclamaciones improcedentes en la vía gubernativa. (*Sent.* administrativa de 30 de Octubre de 1888, *Gaceta* de 14 de Septiembre de 1889.)

ARTÍCULO 391

En los casos de los dos artículos anteriores, si el edificio ó árbol se cayere, se estará á lo dispuesto en los artículos 1907 y 1908.

Este artículo sufrió en la reforma del Código civil, acordada por la ley de 26 de Mayo de 1889, una modificación esencialísima.

El texto primitivo decía así: «En los casos de los artículos anteriores, *si después de notificada la denuncia* se cayere un edificio ó el arbol por efecto de su mala condición, el propietario será responsable de los perjuicios que se hayan ocasionado con ello.»

---

(1) Consúltense también las Sentencias del Tribunal de lo Contencioso de 21 de Diciembre de 1889 (*Gaceta* de 25 de Octubre de 1890) y 8 de Abril de 1891 (*Gaceta* de 25 de Septiembre siguiente).

Fundamento jurídico de la responsabilidad civil.—La nueva redacción dada á este artículo no hace surgir, como antes acontecía, la responsabilidad del propietario en orden á los perjuicios que con la caída de la obra ruinosa se hubiesen causado, de la notificación de la denuncia contra él formulada, ó del requerimiento del mandato acordado por la Autoridad administrativa, doctrina aun sostenida en el Código de Colombia (art. 990), sino que tal responsabilidad se entiende producida por el hecho, imputable al dueño del objeto ruinoso, de su negligencia y abandono en la evitación de lo que por su falta de precaución ocurrió desgraciadamente.

Armonizando así el Código civil la letra del art. 391 con el espíritu que informan los artículos 1906, 1907 y caso 3.° del 1908, resulta, que elevándose el Código á la altura de los buenos principios ético-jurídicos en la materia, busca la raíz y fundamento de la responsabilidad civil, no en que el propietario fuese ó no advertido de que la ruina iba á ocurrir, sino en el voluntario incumplimiento de un deber, que de modo preceptivo le imponen, como se ha visto, los artículos 389 y 390. Si el dueño del inmueble ó del árbol que amenazan ruina no ha cumplido la obligación de retirar éste de la vía pública ó particular, ó de reparar y demoler en su caso la construcción ruinosa, es absolutamente justo que el propietario indemnice los daños causados á las personas, ó los perjuicios en la propiedad ajena, toda vez que de haber cumplido con lo que la ley le ordena, seguramente no se hubiesen aquéllos producido. No puede encontrarse un más sólido razonamiento á la responsabilidad civil que el que acabamos de presentar, y sería contrario á toda noción de justicia excluir de esa responsabilidad civil al dueño, tan sólo porque no fué advertido á tiempo por un extraño del riesgo que ofrecía aquello que la ley le manda reparar ó destruir, precisamente para que ese peligro inminente no se traduzca en una catástrofe en perjuicio de las personas ó de la propiedad de los demás.

Ante este verdadero apotecma jurídico, que hace descansar el concepto de la responsabilidad civil sobre el hecho voluntario, y como tal por completo imputable al propietario, de su negligente omisión, nos parece insostenible el argumento presentado por algunos

comentaristas del proyecto de Código de 1851, tratando de demostrar que si la obra ó árbol se cayeren antes de que los vecinos hubiesen acudido á la Autoridad, ó ésta decretado la demolición, y la caída causase daño, no podría el perjudicado pedir su resarcimiento: *quia sua culpa damnum sit, passus qui tardius experiri cœperit*. Pues bien: ni la culpa del daño ocurrido fué del vecino ó de la Autoridad, toda vez que si el propietario no hubiese sido negligente y descuidado, preveyendo lo que por su abandono podía acontecer, seguramente el daño no hubiera ocurrido; ni el concepto moral y jurídico de la culpa permite tampoco atribuir ésta á otro sujeto que el que lo sea de la acción ú omisión que de modo inmediato, y en verdadera relación de causalidad, produce el hecho dañoso. Es así que el sujeto de la acción que produjo el daño es el propietario, puesto que estando en su mano el evitarle no quiso hacerlo, desobedeciendo con su negligencia la ley escrita; luego si suya fué la culpa, suya ha de ser la responsabilidad, derivada, además, en el orden moral, de la infracción de un verdadero deber perfecto. No padeció tampoco el perjudicado por retardar el uso de un derecho cuya oportunidad en su ejercicio es indeterminada, si se atiende á que la acción de obra ruinosa subsiste interin el peligro amenace, sino que el perjuicio se ocasionó tan sólo porque el dueño del objeto que causó la lesión jurídica no cuidó de tenerlo en condiciones que evitasen la contingencia de todo daño á las personas ó á las cosas.

Mas con la redacción dada en la reforma al artículo que estamos estudiando, ha terminado, en realidad, la cuestión que acabamos de presentar, estableciendo, á la vez, la necesaria concordancia entre dicho art. 391 y los artículos 1902, 1907, caso tercero del 1908 y 1909; debiendo, por lo que hace al término para deducir la correspondiente acción civil al objeto de reclamar la indemnización del daño, estarse á lo dispuesto en el art. 1968 del presente Código civil.

Responsabilidad criminal.—Aparte de la responsabilidad de carácter civil, pudiera acontecer que la ruina del edificio, pared, columna ó árbol, produjesen un daño en las personas ó en la pro-

piedad que constituyere materia de acción penal, á tenor de lo dispuesto en el art. 581 del Código penal reformado. En ese caso, la acción civil seguiría la suerte de las que provienen de todo delito ó falta, debiendo entablarse ambas acciones simultaneamente por el Fiscal, haya ó no acusador privado en el proceso (art. 108 de la ley de Enjuiciamiento criminal); pero pudiendo el ofendido ejercitarlas conjunta ó separadamente, si bien mientras no recayese sentencia firme en la causa, no habrá de ejercitarse separadamente por el perjudicado la acción civil, salvo lo dispuesto respecto á las acciones llamadas prejudiciales (art. 111 de la citada ley de Enjuiciamiento criminal).

Finalmente, y aparte de la sanción gubernativa determinada en las Ordenanzas municipales de cada localidad, incurren en la multa de 25 á 75 pesetas, los que, desobedeciendo las órdenes de la Autoridad, descuidaren la reparación de los edificios ruinosos ó de feo aspecto (art. 601, núm. 2.º del Código penal).

Límites de la responsabilidad del propietario en el caso fortuito. —La responsabilidad de los actos humanos, salvo la concurrencia demostrada del *dolo,* depende de la existencia de la *culpa,* que al decir del ilustre Pessina (*Derecho penal,* cap. 4.º, 2.º, 1.ª parte) es: «la negligencia que consiste en no prever lo que se había podido prever». Pero cuando concurre el *caso,* ó sea, «el hecho eventual, que no solamente no fué previsto, sino que era imposible su previsión,» la idea de la responsabilidad de cualquier género desaparece, porque el agente no tuvo voluntad en la acción ni en sus resultados.

Haciendo aplicación de esta doctrina, cabe preguntar, si cuando el edificio ó arbol ruinoso se cayeren por efecto de un huracán ú otro accidente de la naturaleza, será responsable el propietario á la indemnización de perjuicios. El código de Colombia (art. 990) hace una distinción oportunísima: el caso fortuito no da lugar, dice, á la indemnización, á menos de probarse que ese caso no hubiera ocurrido sin el mal estado del edificio ó árbol ruinosos. Entendemos que lo mismo habrá de interpretarse el art. 391 de nuestro Código civil. Un terremoto puede destruir un edificio de indudable

solidez; un fuerte huracán echará por tierra un arbol bien arraigado; esos hechos eventuales escapan á la previsión más exquisita; pero si un accidente, no violento en grado bastante, arruina una pared ó un edificio cualquiera, ó descuaja un arbol corpulento, lo cual no hubiera ocurrido de adoptar sus dueños oportunamente las necesarias precauciones, la responsabilidad es evidente, porque no se ha evitado lo que pudo, dado el estado del objeto ruinoso, precaverse. No se tratará, pues, entonces del *caso fortuito,* sino de la *culpa jurídica,* motivo racional de la pretendida responsabilidad del propietario.

TITULO III

DE LA COMUNIDAD DE BIENES

I

Precedentes legales.

El Código ha expuesto en el título anterior la doctrina relativa á la propiedad en general, determinando los derechos y especificando los deberes que la ley civil impone á todo propietario.

Ahora, en el título que vamos á examinar, habrá de presentarnos un conjnuto de principios acerca del estado jurídico que resulta por virtud de la comunidad, la cual en rigor no es otra cosa sino una modificación, un accidente del derecho real de dominio, que en nada altera su sustancia, ni menos contraría la nota de la indivisibilidad, que es en aquél característica.

Hacíase, en efecto, necesario, recoger los elementos relativos á la materia, dispersados en multitud de leyes del tradicional derecho, y ya reunidos, incluir en el tratado de la propiedad y sus modificaciones, el estudio que la institución nos ofrece, cuando, con absoluta unidad en el objeto, el dominio resulta ejercido en toda la plenitud de sus atribuciones por dos ó más personas (*totum in toto, et totum in qualibet parte*), cuyas personas quedan entre sí ligadas con verdadera relación jurídica.

Por otra parte, el estudio de la comunidad de bienes, fuera de sus relaciones con las ciencias sociales y con los problemas de la economía política, y separadamente también de sus manifestaciones en el derecho administrativo, es, en cuanto al derecho privado,

de altísima é innegable importancia. Pudiéramos decir con el ilustre Fornari (*Della comunione dei beni,* Intr., párrafo 5.°), «que la comunión tiene un vasto poder, el cual se extiende sobre todo el campo del derecho civil, haciendo sentir su influencia en las principales instituciones de aquél». Sirvan de ejemplo, en apoyo de esa tésis, la comunidad al constituirse mediante el matrimonio la nueva familia, la copropiedad en las herencias proindiviso, la comunión forzosa en las servidumbres de medianería y aguas, el condominio en ciertos casos de propiedad por adjunción, etc., etc.

Respondiendo, en su consecuencia, el Código á la importancia que en las instituciones jurídicas representa la comunidad de bienes, y á la necesidad de exponer la doctrina á ella relativa dentro de las exigencias de un método adecuado, ha condensado muy oportunamente en el presente título los principios esparcidos en muy diversos lugares del Derecho tradicional.

Precedentes legislativos habrán seguramente de encontrarse en antiguos monumentos jurídicos, pero ninguno de ellos ha consagrado de modo expreso un tratado especial al asunto, ni fijado reglas generales, que, no por serlo, impiden el cumplimiento de particulares preceptos, aplicables según la ley á determinados casos, sin que se opongan tampoco á que sean respetadas las cláusulas convencionales, cuando de la convención surge la existencia jurídica de la copropiedad.

Aparte de las costumbres, que, según la adecuada frase de un tratadista ilustre, no se escriben en ninguna parte, encontraríamos en el Fuero Juzgo la idea de la comunidad presidiendo á la constitución de la sociedad conyugal, y en casi todas las leyes del libro 8.°, habríamos asímismo de ver disposiciones acertadas acerca de la comunidad de pastos y de la indivisión de las heredades entre godos y romanos, y hasta una verdadera reglamentación de la propiedad comunal sobre ciertas cosas públicas.

Mayor precisión observaríamos sin duda en las leyes del Fuero Real, código que ya dejaba percibir la creciente restauración del derecho romano. La imprescriptibilidad de las cosas habidas en comunidad y coherencia (ley 1.ª y sig., tít. 11, libro 2.°), las reglas

establecidas para la división de la cosa común y para la virtualidad de la servidumbre del muro divisorio, revelan el indudable progreso de este código sobre el Fuero Juzgo y sobre la multitud de Fueros municipales de aquella época (leyes 2.ª y 5.ª, título 4.º libro 3.º F. R.)

Transcripción fidelísima las Partidas de los principios del derecho romano, desenvuélvese en ellas la teoría de la comunidad, ya confundiendo al comunero con el socio (ley 11, tít. 10, Part. 5.ª), ya acudiendo á la institución de los cuasi contratos y á la división hereditaria, ya detallando, muy acertadamente en verdad, como debe cobrar los gastos, ó ganar la parte de los otros el que reparó la cosa común (ley 26, tít. 32, Part. 3.ª), ya, finalmente, consignando la libertad de hacer cesar la comunión (leyes 11, tít. 10, Part. 5.ª) y la forma de ser ésta dividida (ley 1.ª y sig., tít. 15, Part 6.ª); sin que á pesar de estudiarse con acierto la comunidad, se descubra en el Código alfonsino, ni más tarde en la Novísima Recopilación, un método adecuado á la importancia del asunto.

La historia de nuestro derecho civil foral habría de ofrecernos, seguramente, materia de curiosas investigaciones respecto á *comunidades familiares*, forma por todo extremo interesante de la institución. El *agermanamiento consuetudinario* del Alto Aragón; la continuación de la comunidad entre la viuda y los parientes del difunto; el *acogimiento ó adopción*, verdadera asociación de dos ó más familias bajo un régimen comunal; la comunidad catalana, la compañía asturiana y gallega, etc., etc., revelan, sin duda alguna, la tradicional y muy respetable existencia en nuestras costumbres patrias de la comunidad de bienes.

II

Legislaciones positivas extranjeras.

Inspirado el código francés en la fiebre desamortizadora que caracterizó la revolución que le diera vida, y opuesto por sistema á las grandes propiedades colectivas, no cuidó de conceder toda la

importancia que integra el estado jurídico de indivisión que la copropiedad presupone. La mayor parte de los expositores de aquel código, siguiendo el orden de los mismos preceptos del texto legal, estudiaron la comunidad de bienes al ocuparse del contrato consensual de sociedad. El más ilustre de los comentaristas, Pothier (Societá ap.), adjuntó como apéndice al código de Napoleón un detenido estudio, en el cual entendiendo que la comunión no era siempre una sociedad involuntaria é incidental, pero creyendo que la compañía, á diferencia de la comunidad de bienes, se constituía en todos los casos mediante la convención expresa, y no pudiendo, á su juicio, ser el condominio originado de un contrato, asignaba á la copropiedad el aspecto jurídico de un *cuasi contrato* algo parecido al de la gestión de negocios; idea ya sostenida por los jurisconsultos romanos, y que Troplong (Societá, 23), no acepta, combatiendo el error de Pothier. Treilard veía, de otra parte, en la comunión una especie de sociedad entre personas ligadas por cualquier hecho independiente de la voluntad, la coherencia, por ejemplo; siendo, finalmente, más precisa la diferencia que Douvergier encuentra entre la comunidad, según los vínculos de la sangre, y la asociación para el sólo fin del lucro (comunidad mercantil de bienes, v. gr.)

Realmente, el código napoleónico daba ocasión á las encontradas opiniones de sus más distinguidos expositores en cuanto á la naturaleza jurídica de la comunión de bienes. Excepción hecha de las minuciosas disposiciones sobre el estado de comunidad legal y convencional (artículos 1400 y siguientes), y de las reglas allí enunciadas para la constitución de la comunidad entre los cónyuges, su administración, disolución y partición y acerca de la eficacia de las clásulas estableciendo el régimen contrario al de la comunión, y fuera, por último, del caso de copropiedad por adjunción (artículo 575), es forzoso acudir, al estudiar el código francés, al tratado de la sociedad universal de bienes (artículos 1837 al 1859) y al de los compromisos que se contraen sin convención (artículo 1370), si hemos de hallar algo que sea pertinente al estudio de la comunidad de bienes. El citado código, finalmente, fiel al princi-

pio constante del derecho romano: «*Nemo in comunione potest invitus detinere*» no permite sea nadie obligado á permanecer en el estado de indivisión de bienes, y el copartícipe puede, á pesar de los pactos en contrario, pedir la partición en cualquier tiempo, sin que sea lícito suspender aquélla por más de cinco años. Expónense además en el tratado de la sociedad universal de bienes en común lar reglas adecuadas á la división (art. 1859), dibujándose bien á las claras la confusión entre el contrato de sociedad y el estado especial de derecho que se produce con el condominio sin fines de lucro.

Claro es que los códigos similares al de Francia desenvuelven del mismo modo la teoría de la copropiedad, salvo el de Italia, que por virtud de una oportuna reforma estudia la institución de manera exactamente igual que lo hace nuestro vigente Código civil (art. 683 y siguientes, libro 2.°, tít. 4.° del código civil de Italia).

El código de Portugal sigue en la exposición de la doctrina de la copropiedad un método semejante al italiano. Al desarrollar toda la teoría concerniente al derecho de propiedad, y bajo el epígrafe *De la propiedad singular y común*, presenta el concepto jurídico de la comunidad, atribuyendo acertadamente al copropietario el conjunto de derechos que son privativos del dominio singular; fija reglas acerca de la administración de la comunidad, establece los motivos de indivisión forzosa, y prohibe el plazo mayor de cinco años para convenir la renuncia del derecho á pedir sea dividida la cosa común; división que puede encomendarse á árbitros ó amigables componedores, atemperándose la operación divisoria de modo general á las reglas establecidas para la partición en las herencias.

Una verdadera forma de comunidad, algo parecido á la sociedad ó compañía gallega (1), es la comunidad familiar, que el có-

(1) El Código civil de España, no obstante los razonamientos expuestos por el Vocal de la Comisión general de codificación D. Rafael López de Lago, no ha creído oportuno incluir la *compañía asturiana y gallega* entre las institu-

digo portugués reglamenta en los artículos 1281 al 1297. Dicho código la comprende en la institución del contrato de sociedad, pero realmente no es sino una variante de la comunidad familiar de bienes.

La idea tradicional, ya concebida por los romanos (Savigny, *Sistema del derecho romano*, 2.°, 91), de la *personalidad jurídica*, como el sujeto á quien se atribuye la propiedad colectiva de los bienes, reaparece en el código holandés (art. 582) al exponer los preceptos relativos á la comunidad. Fácilmente se comprende que tal doctrina es poco acertada en cuanto hace relación á la copropiedad privada; porque cuando existe una persona jurídica, bien administre por sí ó mediante delegación los bienes comunales, y aun cuando desde luego posea capacidad para serle atribuído al derecho esencial de propiedad, es sabido que los individuos que forman la colectividad perciben las utilidades, no en provecho individual, sino en el de la entidad, que aparece representada en la llamada persona jurídica, sin que por otro lado cada copropietario lo sea realmente de una parte abstracta, cual acontece en el condominio. La definición, en su consecuencia, dada por el código de Holanda sobre la comunidad, atribuyéndola siempre á una persona jurídica, es poco afortunada; pues en realidad no es tal forma de propiedad más que una *propiedad individual*, toda vez que el dominio no reside en cada uno de los miembros que forman la colectividad, sino en la persona jurídica que los representa, desapareciendo aquél cuando esta última deja de existir. Dicho art. 582, y el precepto general sobre la división de los bienes colectivos (artículo 628), es lo único que sobre la materia nos ofrece dicho código.

La legislación civil de Austria es, acaso, de las que han presentado la doctrina de la comunidad con mayor detención. Después de consignar en el tratado de la propiedad (art. 361 del Có-

---

ciones jurídicas, si bien parece que dentro de la prescripción general del artículo 12 deja el Código subsistente la costumbre á que dicha sociedad se refiere (Altamira.—*Propiedad comunal*, C. V. 10).

digo civil), «que cuando una cosa aunque indivisa pertenezca á varias personas», surge la copropiedad, y que los diversos propietarios se considerarán, respecto del todo, como una sola persona, mientras que si á cada uno de ellos le estuviesen asignadas determinadas partes no separadas, cada condómino ejercerá la plena propiedad sobre su porción correspondiente, consagra, como el Código español, un capítulo entero (cap. 16, parte. 2.ª) á la materia. También en el tratado de los contratos de comunidad de bienes (cap. 27, parte 2.ª), cuando la convención es fuente de copropiedad, se fijan diversas reglas, no siendo necesario recordemos que el código austriaco lo que estudia en la comunidad convencional no es otra cosa que una de las formas constitutivas de la sociedad de adquisición común, sin que reconozca dicho código otras fuentes de comunidad que el caso fortuito, la ley, las últimas voluntades y el contrato (art. 825).

Los códigos de Chile, Guatemala y Colombia, inspirados en el antecedente romano, consideran como un cuasicontrato el de la comunidad de una cosa universal ó singular entre dos ó más personas, cuando ninguna de ellas ha celebrado sociedad ú otra especie de convención, estableciendo reglas adecuadas para la administración, división y terminación de la comunidad (libro 4.º, tít. 33 de citados códigos).

Menos metódico el del Uruguay, si bien cuida de determinar (art. 1837) que la simple comunidad de bienes, siquiera sea resultante de un hecho voluntario de las partes, no constituye sociedad, y aunque en las bases para la división de la propiedad común á consecuencia de un título hereditario, habla de la imprescriptibilidad de la acción correspondiente (art. 1112), es lo cierto que aparece diseminada la doctrina en lugares tan diversos como los del tratado de servidumbres de medianería (artículos 563 al 568), y venta de la cosa común (artículos 1716 y 1717), sin consagrar al asunto, como los de Méjico y Argentino, un título especial al estudiar la institución de la propiedad (artículos 830 á 832 del código mejicano, y 2673 y siguientes del de la República Argentina).

Este último código, imitando en ese particular al austriaco, después de definir el condominio como un derecho real de propiedad perteneciente á varias personas por una parte indivisa sobre una cosa mueble ó inmueble, estudia muy detenidamente la materia en relación con las servidumbres comunes y aun con el estado especial que se produce cuando los límites de los colindantes se hallan confundidos; siendo, en su conjunto, uno de los códigos de América más afortunados en el método y desarrollo de la teoría de la comunidad.

De la exposición sintética que acabamos de presentar, tanto de nuestros precedentes legales como de las legislaciones extranjeras más importantes, parece deducirse que el estado de comunidad ha sido considerado, bien como un cuasicontrato, ó bien como una de las manifestaciones del contrato de sociedad; habiéndose podido observar que solamente analizan la comunidad de bienes originada en un estado especial del derecho de propiedad, que es el verdadero punto de vista desde donde la materia habrá de ser estudiada, nuestro vigente Código y los de Italia, Austria, Portugal, República Argentina y Méjico.

En el título que vamos á examinar, apartándose el Código español de todo precedente en la materia, consagra un lugar adecuado y oportunamente elegido á la comunidad de bienes, definiendo prácticamente su concepto jurídico, estableciendo principios claros y terminantes sobre la proporcionalidad de los comuneros, tanto en los beneficios como en las cargas, y deslindando los derechos y deberes de los copartícipes, fijando, por último, la doctrina consiguiente á la administración y división, cuando esto sea posible, de la cosa objeto de la comunidad.

ARTICULO 392

Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa ó de un derecho pertenece proindiviso á varias personas.

A falta de contratos, ó de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.

Analizado el texto de este artículo, resulta que contiene dos enunciados bien diferentes: uno, en donde se define el estado jurídico de la comunidad, extendiendo dicho estado, no sólo á la propiedad de los bienes muebles é inmuebles, sino á los casos de propiedad sobre los derechos; y otro, que estableciendo un principio de carácter general, según el cual la comunidad habrá de regirse por las disposiciones del presente título, admite, *como excepciones del principio*, la ley del contrato, si de él surge la comunión de bienes, y las leyes especiales que habrán de aplicarse en cierta clase de comunidades.

Conviene aquí exponer, como se acaba de indicar, que la propiedad indivisa, que la comunidad supone como indiscutible supuesto, puede recaer, tanto sobre los bienes muebles é inmuebles, cuanto sobre los derechos constituídos en los mismos. Así lo dice este artículo, y así debía decirlo, porque ya en otros lugares había cuidado el Código de establecer (artículos 334, núm. 10, y 336) que se consideran bienes inmuebles «los derechos reales sobre ellos instituídos», y «que ciertas prestaciones personales, como las rentas y pensiones vitalicias, son verdaderos bienes muebles». Claro es, por tanto, según consigna el art. 392, que la comunidad puede recaer, no sólo en los bienes muebles é inmuebles, sino en los derechos á ellos asimilados por los artículos 334 y 336 del Código civil.

I

Concepto jurídico de la comunidad.

Manifiéstase el ejercicio del derecho de propiedad, en orden á las personas capacitadas por la ley para serles aquél atribuído: 1.° Como un derecho común á todos los hombres sobre las cosas que por la Naturaleza se hallan bajo su dominio, v. gr.: el aire, la luz, el agua. Surge en ese caso la llamada propiedad comunal por excelencia, absoluta, ilimitada é indivisible. 2.° Como un derecho exclusivo, pero á la vez limitado en su ejercicio, sobre las cosas que corresponden juntamente á uno ó varios individuos, bien de modo determinado—propiedad singular—bien sobre parte inde-

terminada, abstracta é ideal,—copropiedad,—ó bien, por último, por venir atribuído el dominio á una entidad jurídica, ó á una colectividad,—asociaciones, compañías mercantiles, propiedad colectiva.

Claro es que ni la propiedad común por excelencia, ni la colectiva son objeto del presente título del Código civil; la primera, porque tal manifestación del derecho natural de propiedad es ajena á toda ley positiva, mientras que individualizándose no quede sujeta á sus prescripciones, cual ocurre, por ejemplo, con las servidumbres de luces, vistas y aguas; y la segunda, en atención á que sobre las propiedades colectivas, en cualquiera de sus manifestaciones, nunca existe verdadero condominio, sino que, ó la propiedad reside en la persona jurídica y no en cada uno de los asociados, ó éstos son todos propietarios indivisamente, percibiendo en ambos casos las utilidades, sin destruir ni enajenar la cosa común. De ahí que la idea de lo colectivo sea, como escribe un tratadista, una antítesis de lo común; puesto que el colectivismo atribuye á la entidad representada en la persona jurídica el dominio, sin que los miembros de la colectividad sean realmente otra cosa que meros usufructuarios de las utilidades de ésta, nunca verdaderos condueños ó copropietarios.

Limítase, por lo expuesto, el Código civil á consignar en este título la teoría de la copropiedad, manera de presentarse el derecho privado de dominio, cuando en lugar de ser éste ejercido por el propietario de modo exclusivo sobre las cosas ó derechos á ellas afectas, son dos ó más los propietarios y unos mismos los bienes ó derechos indivisos en los cuales aquél recae. Pluralidad de sujetos, unidad en el objeto, indivisión de éste é imprescriptibilidad de las acciones para solicitar la partición de la cosa común; he aquí las notas características de la comunidad de bienes. Común es, en efecto, entre todos los copropietarios el derecho dominical que cado uno de por sí y el total de los partícipes ejercen sin detrimento de lo absoluto, que es esencial al dominio; recíprocas las obligaciones que una verdadera relación jurídica les impone, mútuas las responsabilidades de la administración, y comunes, en con-

clusión, las cosas ó derechos poseídos, y las acciones que del estado especial de la comunión surgen; por todo lo cual, el concepto de comunidad, entendido, no como sinónimo á colectivo, sino en su recta y gramatical significación, aparece acertadamente empleado por nuestro Código civil. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, después de fijar que, para que la comunidad exista, han de concurrir, como sujetos de ese estado de derecho, dos ó más dueños (Sent. de 15 de Abril de 1867), ha establecido con perfecta claridad: que el condominio absoluto, ó sea el que por pactos ó disposiciones especiales no esté limitado en el tiempo ni en la extensión de los aprovechamientos de la cosa, consiste en el libre goce de la misma y de sus productos por todos los partícipes, y en iguales partes, ó en proporción de sus respectivas participaciones, sin más limitaciones que las necesarias para lograrlo del modo mejor y más equitativo, y rechaza el disfrute exclusivo de la cosa común y de cualquiera parte de ella en beneficio singular de uno de los condueños (Sent. de 22 de Junio de 1892). Realmente, á la vista de tan explícita doctrina, huelga todo razonamiento de nuestra parte, encaminado á fijar el concepto jurídico de la comunidad de bienes.

II

Relación entre la comunidad de bienes y el contrato de sociedad: sus diferencias.

No dieron idea exacta de la comunidad los jurisconsultos romanos y los que posteriormente siguieron sus teorías, al sostener que la comunión no era otra cosa sino una forma rudimentaria del contrato de compañía, una asociación incidental y sin las solemnidades de la convención.

Los intérpretes del derecho romano,—aquél derecho que con razón es estimado como fuente copiosa de las instituciones jurídicos de los pueblos civilizados,—habían dedicado su atención al estudio de las similitudes y diferencias entre la comunidad de bienes y la sociedad. Ulpiano, al fijar la naturaleza de la acción *pro socio*,

sostuvo acertadamente no ser bastante al ejercicio de tal acción, que la cosa fuese común á varias personas, si no existía entre ellas la relación jurídica del contrato de sociedad; y que podía, desde luego, incurrirse en comunión, cuando, sin convención expresa, era una cosa legada ó vendida á dos ó más, ó en el supuesto de herencia ó donación común. (D. l. 31 *pro socio).* Y al tratar dicho jurisconsulto de analizar las acciones *communi dividundo* y *familiæ escircundæ*, sostuvo la doctrina, hoy también aceptada por algunas legislaciones positivas y por distinguidos tratadistas (Vitalevi, *Della comunione dei beni)*, de que siendo siempre la fuente de la sociedad el contrato, mientras que la comunión surgía de un hecho fortuíto ó accidental, ella venía á ser un cuasicontrato de gestión común de negocios.

Conveniente es consignar sobre este particular que en el pueblo romano no se concebía la propiedad sino sometida á un estado de absoluto individualismo, no admitiéndose, en su consecuencia, la convención como origen del estado jurídico de comunidad, *(nemo potest in comunione invitus detinere);* de lo cual era lógico deducir que no pudiéndose asignar á aquella institución el carácter contractual, se la estimase como un verdadero cuasicontrato. Llamóse, como decimos, á éste por los intérpretes *gestión de negocios comunes*, y de él nacían un conjunto de obligaciones y una suma de derechos, unas y otros integrando, como nota característica, la de la absoluta reciprocidad entre los comuneros. El mismo aspecto de mutualidad revestían las acciones, que Savigny llama con exactitud extraordinarias por su intención, y especialísimas por su naturaleza de mixtas de reales y personales, acciones conocidas con el nombre de *communi dividundo* y *familiæ escircundæ*. Ambas eran, como es sabido, muy distintas de la acción personal *pro socio*, y tenían un objeto principal y otros fines más secundarios. Hacer cesar la indivisión, realizar el reparto de las utilidades y provocar en cualquier tiempo la división y la consiguiente extinción de la comunidad, en obediencia al principio de aquel derecho que estimaba nulo el pacto de no dividir: he aquí el principal resultado á que tendían las acciones citadas y utilizables en la comu-

nidad que surgía de la coherencia, ó que se originaba en dicho estado jurídico. (Dig. l. 10, ley 4.ª tít 3.º)

Fines secundarios de tales acciones, dice acertadamente Ruben de Couder, eran los de obligar al comunero á rendir cuentas de su gestión y á reintegrar los gastos en pró de la comunidad, ocasionándose la culpa jurídica cuando no se hubiese prestado en la administración toda la diligencia que el hombre procura en sus propios asuntos (Dig. ley 8.ª, título y libro citado).

Encuéntrase la propia teoría sobre la comunidad en las leyes de Partida; pues si bien en ellas se define con acierto la comunión de bienes (ley 1.ª, tít. 15, Partida 6.ª), y en otros lugares se consignan acertados principios acerca de la plena propiedad de cada condueño (ley 55, tít. 5.º, Partda 5.ª), no es raro hallar disposiciones propias de la sociedad aplicables al condominio, confundiéndose á veces el nombre de consocio con el de comunero (ley 11, tít. 10, Partida 5.ª)

Que la comunidad y el contrato de sociedad tienen entre sí relaciones de semejanza, parécenos indiscutible. En efecto; la confrontación de los artículos 392 y 1665 del Código civil, revela bien á las claras que en una y otra institución jurídica palpita la nota de comunión de bienes y derechos; del mismo modo que el examen de los artículos 406 y 1708 demuestra que la partición entre los comuneros ó los socios se rige por las reglas de la de las herencias, así en su forma, como en las obligaciones que de ella resultan, y viceversa que en ciertos casos de comunión hereditaria, se ordena (art. 1051) la aplicación de los principios establecidos para la disolución de las sociedades. La doctrina que el Código presenta, finalmente, sobre la comunidad de bienes en la sociedad conyugal (libro 4.º, cap. 5.º), convence más y más de las afinidades entre ambas instituciones jurídicas.

Es, por otra parte, tan vasta la influencia de la comunidad, que sus efectos se hacen ostensiblemente sentir en algunos otros contratos, tales como el del colonato parciario, derivado del arrendamiento, y aun sobre la compraventa, cuando, como dice un tratadista (G. Fornari, *Della com. dei bieni III)*, ésta se transforma en

sociedad al emitir, por ejemplo, acciones en participación el dueño de una fábrica para desarrollar una industria, comunicando así á los asociados el dominio del inmueble y las utilidades del negocio.

La similitud, por tanto, entre la comunidad y la sociedad, de la cual esta última viene á ser una especie de comunión, y la influencia de aquélla en otros contratos é instituciones del Derecho, es evidente; pero bien puede asegurarse con el escritor citado, que la tarea de fijar los caracteres que diferencian la sociedad de la comunidad entraña una dificultad, tanto más grave, cuanto que la tésis no ha sido generalmente estudiada con toda la detención que el asunto reclama.

Sostener en principio que la sociedad se reviste siempre como condición de su existencia jurídica de la forma de un contrato, mientras que la comunidad puede ser, tanto debida á un hecho accidental ó voluntario, (comunidad por conmixtión, art. 381), cuanto á una estipulación expresa, (aprovechamiento colectivo de las aguas), es desde luego determinar una nota diferencial entre ambas instituciones del derecho. Mas desde el instante en que se conviene en que es inadmisible la teoría tradicional de que la comunidad no sea á veces nacida de un contrato, la diferencia queda reducida á bien estrechos límites, á saber: que la sociedad existe únicamente mediante la convención, mientras que la comunidad puede subsistir, y en efecto, subsiste frecuentemente, sin las formalidades de un convenio.

Mayor razón de desemejanza supone, á nuestro entender, la necesidad de una personalidad jurídica, indispensable en toda asociación cuyos bienes han sido puestos en común, la cual no se concibe en el estado de copropiedad. M. Troplong observa que, no existiendo la vida del derecho la sociedad sin una persona moral que la represente, este requisito la aparta por completo de la simple comunidad. Ya se ha indicado cuán antigua es en el derecho la idea de la personalidad jurídica, la cual también acepta nuestro Código civil (art. 1169) como una realidad indispensable á la existencia del contrato de sociedad. En el estado de comunidad que el condominio supone no hay ciertamente un ente moral que asuma la per-

sonalidad de los comuneros: cada uno de éstos es propietario de una parte, bien que abstracta, hasta la división de la cosa común, lo cual no acontece ni aun en la sociedad universal común de bienes, pues todos los bienes se entienden cedidos á la sociedad, y la personalidad jurídica continúa aun cuando se separen ó se sustituyan unos por otros los socios, y desapareciendo tan sólo aquella mediante la disolución de la compañía. Y aun es más notable la diferencia de relaciones jurídicas de los comuneros y los socios entre sí y de unos y otros con los terceros. Los copropietarios, por ejemplo, gozan respecto á su parte indivisa de todos los derechos inherentes al de propiedad, y pueden enajenar, ceder ó hipotecar por sí dicha parte, sin contar con los demás, mientras que en la sociedad se entiende, como se acaba de decir, que á ella pertenece el dominio de los bienes que constituyen el fondo social. Y en cuanto á terceros, así como los actos personales de un condómino no ligan á aquellos con la comunidad, sino que si dichos actos fuesen en provecho de ella, el copropietario, satisfechas sus obligaciones, tendría reservada su acción únicamente contra la comunidad; en la compañía, ésta responde de las gestiones que el socio haya hecho en su nombre, y de la sociedad, y no del obligado, ha de reclamarse el cumplimiento de lo convenido.

Es asimismo indiscutible, que el fin de la comunión de bienes no es, como en las sociedades, el acrecentamiento del capital común, mediante las ganancias de los capitales aportados al fondo social, sino el simple aprovechamiento colectivo ordinario, hasta el extremo de que, si los comuneros pactasen que sus bienes indivisos sirviesen para explotar una industria, ya incurrirían en verdadera sociedad. Troplong, dice á este particular y muy oportunamente, á nuestro juicio, que el lucro de la sociedad debe ser necesariamente pecuniario y valuable en dinero. No es esto afirmar, como lo hace algún tratadista, que la sociedad integre la idea del verdadero condominio y la comunidad represente sólo una especie de condominio secundario. La copropiedad presupone de modo indiscutible en cada partícipe el dominio perfecto con toda la plenitud de sus atribuciones, atribuciones que residen en todos los condueños

sobre una parte, bien que ideal y abstracta, de la cosa común; y en la sociedad, mientras subsiste la persona moral ó el ente jurídico, éstos reasumen esas facultades dominicales á nombre de los diversos asociados. Finalmente, así como la sociedad se disuelve por las causas indicadas en los artículos 1700 y siguientes del Código civil, en la comunión de bienes es nulo el pacto de no dividir por más de diez años; pudiendo, en cambio, librarse el comunero de la comunidad con el sólo abandono de su derecho, lo que nunca es permitido al socio; subsistiendo, finalmente, la comunión, aun con la muerte del copropietario, en aquellos casos en que se produce por expreso ministerio de la ley, como acontece en los derechos comunes sobre el muro divisorio, en la copropiedad por conmixtión, etc.

Tales son, sucintamente expuestas, las analogías y diferencias más de relieve entre el Estado jurídico que se produce por la comunidad de bienes y derechos, y la sociedad como uno de los contratos por el cual varias personas ponen también en común sus bienes, sus capitales ó su industria.

III

La comunidad de bienes no es nunca una servidumbre.

El examen crítico de algunos casos de condominio resueltos por la jurisprudencia francesa y presentados por Mr. Dalloz, y algunos también motivados por decisiones del Tribunal Supremo de Bélgica, citados en las obras de Mr. Pasteriste, ha ofrecido ocasión á Laurent *(Principios del derecho civil francés*, 7.°, pág. 172) de estudiar las diferencias entre el estado de comunidad sobre una cosa al parecer accesoria, pero de uso común y necesario á dos ó más copropietarios, y el de servidumbre, que erróneamente se denomina *recíproca*, por la única razón de que el gravamen resulta de mutua utilidad á los diversos condóminos. Desde luego, Mr. Laurent reconoce que la asimilación entre la copropiedad y la servidumbre es absolutamente inadmisible. La primera supone en todos

y en cada uno de los condóminos «aquel señorío y poder sobre la cosa de hacer en ella cuanto se quisiere según Dios y según fuero», que decía acertadamente el Rey sabio, mientras que la segunda representa un derecho limitativo del de propiedad, siempre actuando sobre cosa ajena, pues como escribían los romanos, «nadie puede gravar á sus cosas con la carga de una servidumbre». (Digesto, libro 8.°, tít. 2.°, ley 26.) Dentro de los principios que informan nuestro Código civil, bastaría leer el texto del art. 392, que determina cuando hay comunidad de bienes, y compararle con el del 530 que define la servidumbre, para comprender que ínterin en la una permanece incólume á favor de todos los comuneros el derecho absoluto de dominio, en la otra se requiere que el expresado derecho radique de modo particular sobre dos ó más cosas, y á favor de dos ó más propietarios diferentes.

Lo que aquí parece discutirse por Mr. Laurent es, si tratándose de un fundo indiviso en el cual aparece reservada una cosa indispensable al servicio del mismo, un pozo que le surta de aguas, un camino que le atraviesa, etc., los comuneros usan de su derecho á título de copropiedad ó en concepto de servidumbre. Hemos dicho que la propiedad ha de permanecer indivisa para que tales dudas puedan surgir, puesto que si la indivisión ha cesado, si están ya deslindadas de modo material y tangible las diversas partes que componían el fundo indiviso, las ideas del predio dominante y predio sirviente adquieren verdadera realidad, y como la servidumbre es indivisible y grava á la parte lo mismo que al todo, y como, por otro lado, con la división concluye la comunidad, mal podrá invocarse el título de comunero en el propietario que ya lo es de modo absoluto, ni negarse la servidumbre que surge al ser dividida la finca por el hecho mismo de la división y como carga absolutamente necesaria al servicio de dos ó más predios.

Cuando dos propietarios convienen en reservar un pedazo de terreno para dar paso á sus heredades, claro es que si la copropiedad de aquel terreno reservado es común é indivisa, tiene razón el jurisconsulto citado al asegurar que la jurisprudencia francesa se equivoca estableciendo que ese terreno indiviso y propio de dos ó

más condueños sea una servidumbre recíproca. Pero si al dividir un fundo convienen expresa ó tácitamente los antiguos condueños en que ese terreno, que deja ya de ser indiviso y común, sirva de paso á las heredades contiguas, tendremos una servidumbre perfectamente constituída y con todos los requisitos de la ley para que como tal sea estimada. Así lo resuelve acertadamente la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Casacion en sentencia de 2 de Julio de 1887, determinando: «que tratándose de una acción negatoria de servidumbre, si bien mientras no se realice la división de las fincas y se establezca la verdadera independencia entre ellas, no puede estimarse constituída servidumbre alguna, cuando al dividirse un predio que de antes pertenecía á varios dueños ó á un sólo propietario, aparece la necesidad de establecer un paso forzoso é indispensable para el cultivo de las diversas fincas ya divididas, no se infringe la ley absolviendo al demandado de la acción negatoria de servidumbre que injustamente ejercita uno de los propietarios». Siendo verdadero pacto, dice sobre tal particular otra sentencia de 10 de Enero de 1883, no sólo el que entre las partes se constituye por consentimiento expreso, sino también por el tácito, y existiendo éste en favor de una servidumbre de paso, si al partirse una finca era forzoso para el disfrute y cultivo de una de las mitades entrar y salir por la otra, *no procede la acción negatoria de servidumbre*, aducida á nombre de un anterior propietario, y entiende la citada sentencia que en esa clase de servidumbres no se trata de un derecho adquirido por el uso, sino en fuerza del convenio realizado al dividirse la finca, por cuya razón, al reconocerse la existencia de la servidumbre, no se infringe el principio inconcuso del derecho, según el cual la limitación del dominio no se presume nunca, siendo necesario que conste expresamente, toda vez que la existencia de la servidumbre no se fundaba en otra cosa que en lo tácitamente convenido en el contrato de división. De ahí que otra sentencia, la de 7 de Junio de 1883, al resolver en casación la procedencia ó improcedencia de la propia acción negatoria, y habiéndose fundado el recurso en que al partirse la finca no se mencionaba en la escritura particional un ca-

mino de servicio que en ella había, cuya servidumbre reclamaba el adquirente de algunas de las fincas divididas, el Tribunal Supremo, casando el fallo recurrido, estableció que lo dispuesto en las leyes sobre constitución de las servidumbres no se oponía al principio de que, al dividirse dos ó más predios que entre sí prestaban antes de la división servicios establecidos por el propietario, se entendiese subsistente la servidumbre necesaria á tales servicios, á no ser que al tiempo de la partición se estipulase expresamente lo contrario». (V. también la sentencia de 21 de Octubre de 1892.)

Creemos, por tanto, que nuestra jurisprudencia no ha confundido, como lo han hecho algunos fallos del Tribunal de Casación francés, los derechos nacidos del estado de comunidad con las servidumbres, las cuales jamás pueden surgir sobre cosas poseídas en condominio. Un camino que cruza diversos predios indivisos, siquiera sea absolutamente necesario al servicio y explotación del fundo, no representará ciertamente para los copropietarios una servidumbre recíproca, pues ésta no se concibe sino en fundos pertenecientes á dos ó más dueños, y actuando siempre en provecho de uno de aquéllos; el camino se reputará, por tanto, común, y los condóminos lo poseerán á título exclusivo de copropiedad. Mas dividida la finca, y salvo expresa estipulación contraria, los propietarios no pueden negar los unos, ni ser impedidos los otros del uso de la servidumbre que como indispensable al predio se entiende constituída por el hecho convencional de la partición, aun cuando en ella nada se exprese.

No menos cuidadosa ha sido la jurisprudencia española en distinguir debidamente el derecho nacido de la comunidad del originado á título de servidumbre. Las sentencias de 29 de Abril de 1878, 17 de Noviembre de 1887 y 28 de Junio y 17 de Diciembre de 1888, después de establecer la sana doctrina de que el concepto jurídico de la servidumbre supone siempre una verdadera limitación al derecho de propiedad, por lo cual aquélla no se da nunca sino sobre cosa ajena, determinan que el condominio ó comunidad sobre los frutos de un monte ó el derecho de apacentar los gana-

dos, constituyen, *no un conjunto de servidumbres, sino un verdadero condominio* con los propietarios del suelo; casando, finalmente, el Tribunal Supremo algunos fallos que no acertaron á fijar concretamente las diferencias jurídicas entre la comunidad y la servidumbre, como puede verse consultando dichas sentencias.

IV

La comunidad de bienes no es opuesta al concepto jurídico del dominio.

Base de esta cuestión, prolijamente tratada por algunos escritores, los comentaristas del Código italiano sobre todo, es el principio, al parecer contradictorio, de que varias personas sean al mismo tiempo propietarios sobre la totalidad de una cosa y sobre parte de ella, siendo así que la propiedad, ó es exclusiva, ó no es tal propiedad. Algún publicista *(vide Zacharias* V-I-197) ha presentado una sutilísima distinción entre la copropiedad que denomina *in solidum* ó *pro-indiviso*, y la que califica de *pro-diviso*, entendiendo que en la primera, llamada de derecho germánico, cada condueño es propietario de la totalidad de la cosa, salvo que su derecho está limitado por un derecho igual en los otros copropietarios; interín que en la segunda—condominio de derecho romano—cada individuo no es propietario del todo, sino de una sola parte, ideal y abstracta, y como dice Vitalevi *(Della com. dei bieni)*, sólo real y efectiva el día de la división y consiguiente extinción de la comunidad. Parécenos que esa teoría, lo propio que la que supone en la comunión de bienes una ficción de derecho, contribuyen á oscurecer el concepto jurídico de la copropiedad, que, á nuestro entender, se presenta claro y evidente. Cuando el derecho de dominio viene atribuído á dos sujetos, por lo menos, sobre una sola cosa mueble ó inmueble, pero indivisa, ó sobre un derecho poseído por ambos en iguales condiciones, surge, como ya se ha indicado, la copropiedad (sentencia de 15 de Abril de 1867). Cada condómino lo es del todo, y sobre el todo ejerce derechos dominicales, pero al

mismo tiempo es propietario de una parte realmente abstracta, porque hasta que la división se efectúe, no queda aquélla determinada concretamente. Los derechos de los comuneros son, por lo expuesto, todo lo absolutos que el dominio requiere, puesto que aquéllos pueden gozar y disponer de la cosa común, sin otras limitaciones que las de no perjudicar en el ejercicio de su derecho los intereses generales de la comunidad, y poseen además la plena propiedad de su parte, que pueden enajenar, ceder ó hipotecar, parte que, repetimos, no será cierta hasta el momento de cesar la comunidad. El derecho de propiedad, por consiguiente, tal y como lo define el art. 348 del presente Código civil, con sus notas de absoluto y con su carácter de individualización, aparece ejercido en el condominio, sin otra diferencia entre la propiedad singular y la común, que la que acertadamente establece el código portugués (artículos 2175 y 2176), al decir «que el propietario singular ejerce de modo exclusivo sus derechos, y el propietario en común los ejerce conjuntamente con los otros»; pero, añadiremos nosotros, estándole atribuídos al condómino de modo individual sobre su parte indivisa todos los derechos de tal propietario, á más del uso y disfrute de la cosa, que es común á todos los copropietarios.

Véase, por tanto, cómo el condominio ni se opone al carácter de individualización de la propiedad, ni contraría sus caractéres de absoluto y exclusivo en cuanto á terceras personas que lo limiten ó impidan, puesto que los comuneros son real y efectivamente propietarios de la cosa común, y tienen por la ley atribuídos todos los derechos privativos del de propiedad en la extensión que integra el concepto jurídico del dominio.

V

Modos de producirse el estado de comunidad de bienes y derechos. Diferentes formas de comunidad.

El código austriaco (art. 825) señala como fuentes de la comunidad el caso fortuito, la convención privada, la ley y la declara-

ción de la última voluntad, mientras que el argentino sólo reconoce, como maneras de constituirse el condominio, la convención, los actos de última voluntad y la designación de la ley. Nuestro Código, menos casuístico en este punto, no especifica los orígenes del condominio, que, en efecto, no son únicamente los designados de modo taxativo en los citados cuerpos legales extranjeros, como habremos de ver.

Comunidad surgida de un caso fortuito.—Cuando por un hecho imprevisto, ó por un acto involuntario del hombre, se confunde el dominio de cosas pertenecientes á distintos dueños, resultan comunes los derechos y se establece la copropiedad mediante el caso fortuito. Sirva de ejemplo la comunidad por conmixtión de dos cosas muebles de igual ó diferente especie, mezcladas por casualidad, y de consiguiente sin la voluntad de sus respectivos dueños, y las cuales no pueden ser separadas sin detrimento (caso del art. 381 del Código civil). En tal supuesto, cada propietario adquirirá un derecho proporcional á la parte que en el total resultante de la mezcla le corresponda, según el valor de las sustancias confundidas, y será, en su consecuencia, un verdadero condómino ó comunero merced á un accidente involuntario y que ninguno de los copropietarios pudo prever. Comunidad debida á igual origen fortuito nos ofrece en las cosas inmuebles ó en los derechos que sobre ellas se constituyen, el condominio de los propietarios ribereños sobre las aguas pluviales y aquellas que discurren de modo discontinuo por cauces públicos, así como el derecho comunal de aprovechamiento de tales aguas y de las llamadas vivas, ó de los manantiales y corrientes. En uno y otro caso se produce una verdadera comunidad fortuita, de la cual habla la ley de 13 de Junio de 1879. Verdad es que, según dicha ley, las aguas son de dominio público, cuyo carácter tienen también las que naciendo en propiedad particular, salen fuera de ella; y no es menos cierto que únicamente en razón al suelo por donde las mismas discurren, son susceptibles de apropiación; pero como de su curso se utilizan los propietarios ribereños y los dueños de los predios inferiores que las van sucesivamente recibiendo, resulta un aprovechamiento co-

mún realmente ajeno á toda convención y nacido de un hecho casual, aunque también pudiera decirse que esa comunidad viene á nacer por disposición de la ley en gran número, si no en todos los casos.

Comunidad convencional.—Recordando las diferencias entre la sociedad y la comunión de bienes, parecerá excusado asegurar que incidían en error aquellos jurisconsultos que negaban de modo absoluto el contrato como fuente de la copropiedad, á la cual sólo asignaban la forma jurídica de un cuasicontrato. La comunidad de bienes, al constituirse la sociedad conyugal, las asociaciones voluntarias para el riego de predios inmediatos, la compañía familiar establecida en algunos de nuestros fueros, y el convenio que pueden otorgar los que sin forma de sociedad pongan en común sus bienes (art. 1669 del Código civil), son ejemplos vivos de un estado jurídico de comunidad debido á la expresa voluntad de las partes. No es esto decir que sin mediar convención expresa no se pueda en ningún caso establecer comunión de bienes ó derechos asimilable á los cuasicontratos, como sucede en la indivisión de la herencia: lo que queremos consignar es que el cuasicontrato será sólo una manera particular de comunidad, la cual muy bien puede, no obstante, existir y existe, debida en su origen á una estipulación entre los comuneros.

Comunidad por obra de la ley.—Por ministerio expreso de la ley surge asimismo en varias ocasiones la comunidad de cosas y de derechos. La servidumbre de medianería (artículos 571 y siguientes del Código) demuestra cómo la comunidad forzosa de derechos sobre el muro divisorio es debida á una disposición legal que por ello la sirve de origen.

Comunidad por actos de última voluntad.—Los comentaristas del código austriaco cuidan de hacer constar que no se trata aquí de la comunidad, que se realiza por la apertura de toda sucesión testamentaria entre los coherederos ó colegatarios, sino de aquella copropiedad que crea la misma disposición testamentaria, cuando el testador ordena en su testamento que sus herederos menores de edad no dividan el caudal ó una parte determinada de él, hasta

que alguno llegue á la mayoría legal, ó en el caso en que el finado impone á herederos ó legatarios extraños la condición de no dividir hasta que transcurra el plazo de diez años.

Basta la exposición de las fuentes de la comunidad reconocidas en los códigos austriaco y argentino, para persuadirse de que nuestro Código civil ha hecho muy bien en apartarse de tales precedentes. No sería difícil, seguramente, observar que dentro de esas clasificaciones se confunden unos con otros los orígenes de la copropiedad, puesto que la comunión fortuita lo es también por la ley, y de la ley reciben asimismo su fuerza algunos casos de comunidad, como la sociedad de gananciales, siquiera ella sea también obra de la voluntad de los cónyuges. Y cuando una clasificación no es exacta en sus propios términos, preciso es abandonarla, porque no conduce al único fin que en las clasificaciones se persigue, no otro que el de ofrecer un método adecuado á la inteligencia para poseer el conocimiento del objeto. Es, además, la dicha clasificación incompleta, puesto que ni aun comprende todas las maneras de producirse la comunidad; deficiencia que obliga al jurisconsulto á apartarse de derroteros tan inseguros, buscando por otros distintos caminos los modos de constituirse el condominio, y, por consiguiente, el estado de comunidad de bienes y derechos.

Ante todo es preciso en este trabajo de investigación intelectual, asentar un principio reconocido como cierto, y una vez admitido, proceder por el método de las deducciones á establecer las consecuencias que robustecen y confirman aquel principio. Sea éste la tesis indiscutible de que el derecho de condominio inherente á la comunidad de bienes y derechos, no es cosa diferente en modo alguno al derecho de dominio. Demuéstrase tal enunciado recordando que el derecho absoluto de propiedad sobre las cosas se manifiesta siempre por la realidad de su ejercicio, y en cuanto al sujeto á quien por obra de la ley viene aquél atribuído, bien como poder de un sólo individuo, ó bien como atribución de dos ó más sobre la cosa, que en este último supuesto resulta común é indivisa. En ambos casos surge el dominio con todas las notas in-

herentes á su esencia, según ya se ha expuesto oportunamente, denominándose *propiedad individual* cuando ella recae á nombre de un sujeto sobre cosa determinada, y *propiedad común* si, por hallarse indiviso el objeto ó el derecho, diversas personas ejercen actos dominicales sobre la parte ideal que la indivisión supone. Resulta, así presentada la doctrina, que la comunidad no es otra cosa que una forma particular del dominio, un accidente que deja á salvo la sustancia de la institución, y que la diferencia entre la propiedad y la copropiedad ha de encontrarse únicamente en cuanto al sujeto, que es *singular* en la una y *múltiple* en la otra; y en lo que hace al objeto, que es *determinado* en el dominio, é *indeterminado*, por su indivisión, en el condominio. De todo lo cual se deduce, que si la comunidad no es sino un aspecto circunstancial de la propiedad, al preguntarse cuáles son los modos de adquirir el condominio, y consiguientemente producirse la comunión de bienes y derechos, habrá de responderse que el art. 609 de nuestro Código civil ya lo dice en forma bien explícita al enunciar las diferentes maneras de adquirir la propiedad. De modo que habremos de concluir afirmando que la ocupación, la ley, la donación, las sucesiones testamentarias ó abintestato, el contrato, el cuasicontrato y aun la prescripción, producen el condominio y son las fuentes verdaderas del estado jurídico de la comunidad de bienes.

Comunidad expresa y tácita.—Los comentaristas del código francés, el cual, como ya hemos consignado, confunde el contrato de sociedad con la comunión de bienes, niegan, invocando el artículo 1834 de aquel código, que pueda existir comunidad tácita. Aparte de que en el caso de confusión de cosas de distintos dueños, los derechos comunes pueden surgir sin la voluntad de uno de ellos, nuestras leyes forales ofrecen un ejemplo irrecusable de comunidad tácita. La sociedad ó compañía gallega debe su constitución al consentimiento tácito, revelado en el hecho de vivir en familia y bajo un mismo techo varios matrimonios unidos por los vínculos de la sangre; y vestigios se conservan aún de comunidades en las comuniones familiares de Asturias y de Aragón, y en aquella costumbre de los tiempos medios, según la cual un año y

un día de convivencia creaba entre los así asociados una comunidad tácita de bienes é intereses.

Comunidad forzosa ó necesaria.—Son varios los casos en los cuales aun contra la voluntad expresa del sujeto se produce la comunidad. He aquí los principales que el Código civil nos ofrece:

Primer caso.—Comunidad de derechos nacida de la llamada servidumbre de medianería.—La ley presume comunes á los propietarios colindantes el muro ó pared divisoria, las cercas, vallados, etc., interín no existan título ó señales exteriores que destruyan tal presunción. He aquí un caso de comunidad forzosa, en tanto que, para negarla, se requiere una demostración expresa, contraria á la medianería, sin que los medianeros puedan libertarse de ella más que en los términos establecidos por los artículos 575 y 576 del Código civil. Realmente, la servidumbre legal se convierte en una comunidad de derechos, de la cual nace en los medianeros la obligación de contribuir á la reparación y construcción de las paredes, vallados y acequias, y de cuya comunión sólo pueden aquéllos excusarse renunciando á su derecho dentro de las limitaciones que las leyes establecen en beneficio del uso común de la medianería, otorgado á los diversos propietarios inmediatos ó vecinos.

Segundo caso.—Comunidad de los propietarios de los diversos pisos ó departamentos de un edificio sobre el muro maestro, el suelo, los tejados, pozos, patios y escalera.—El respectivo derecho de dominio atribuído sobre la cosa indivisa á los condóminos, aparece en este caso subordinado al uso común otorgado á éstos en aquello que es de servicio necesario al inmueble. De modo que los copropietarios ni pueden servirse á titulo individual de la escalera ó del pozo, ni menos enajenar tales accesorios, cederlos á tercero, gravarlos, etc. Su dominio aparece aquí subordinado al derecho de uso común á todos los copropietarios, sin que la comunidad desaparezca por la cesión del condominio á tercero, y sí únicamente por el abandono ó dimisión de la copropiedad sobre el inmueble. Al estudiar el art. 396, volveremos sobre esta materia y

expondremos la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la sentencia de 17 de Diciembre de 1891.

Tercer caso.—Comunidad de los diversos propietarios en el uso del agua para el riego y bonificación de los predios respectivos.—Si bien el paso forzoso de las aguas por nuestros predios y la necesidad en que la ley constituye al predio inferior de recibir las aguas que naturalmente descienden del superior, son verdaderas servidumbres, viene por el aprovechamiento mutuo de los propietarios inmediatos á constituirse una especie de comunidad de derechos, que resulta forzosa según las disposiciones especiales de la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879.

Cuarto caso.—Comunidad resultante de la indivisión de la herencia.—Es un hecho cierto que cuando á la apertura de la sucesión testamentaria ó á la prevención del abintestato concurren dos ó más herederos, cada uno de ellos resulta propietario indiviso del total de la herencia yacente, en razón á la parte ó porción que sea llamado á percibir, constituyéndose, por tanto, entre los partícipes una comunión sobre los bienes mientras permanezcan en estado de indivisión.

Estudiando este caso de comunidad un distinguido jurisconsulto italiano, sostiene acertadamente que tal comunión, incidental respecto á los coherederos, porque surge sin su voluntad, es realmente necesaria, toda vez que sin ese previo estado de copropiedad la división en su día no pudiera tener realidad, concluyendo por asegurar que la partición en las herencias es una verdadera integración del condominio hereditario (Fornari, *Della comunione,* XX, int.). Creemos también nosotros que, lejos de ser la comunidad hereditaria una ficción de derecho, como sostiene Douvergier (*Societá*, 477), responde al carácter de universal atribuído rectamente á la sucesión, pues en ella el heredero representa la personalidad jurídica del causante actuando sobre la masa total de bienes y derechos, hasta que las operaciones particionales pongan término á la indivisión. Y nada puede concebirse con más caractéres de realidad que esa comunidad necesaria, surgida en el momento mismo de asumir los coherederos la entera representa-

ción de la persona del difunto sobre la universalidad de sus bienes, derechos y acciones, tanto activos como pasivos.

Comunidad universal y particular.—Es esta una mera forma de constituirse la comunión de bienes, que si abarca los bienes todos de los comuneros, será universal, y singular en todos los demás casos. Los tratadistas atribuyen el carácter de comunidad universal á aquella en que dos ó más hermanos, á la muerte del padre, conviniesen en vivir juntos, poniendo en común todo el caudal hereditario, sin que poseyesen individualmente bienes de otra procedencia; y exponen como ejemplos de comunidad singular la que no comprende todos los bienes de los comuneros. En esta división se refleja la semejanza de la comunión de bienes con la sociedad, que, según el art. 1671 del Código, puede afectar también la forma de universal y singular. Obra de esa semejanza es también la cuestión presentada acerca de si la comunidad universal podrá extenderse á los bienes futuros que adquieran los comuneros, puesto que en el contrato de sociedad ya resuelve de modo negativo tal particular el art. 1674 de nuestro Código civil. Algunos comentaristas del código italiano (Fornari, *Della com.*, § 10, 1.°) entienden que es válido el pacto de sujetar á la comunión universal los bienes que en lo futuro adquieran los comuneros, salvo que no se trate de los que pudieran adquirirse en la sucesión aún no ocurrida de una persona determinada. No estamos conformes nosotros con tal opinión: 1.°, porque al aportar á la comunidad bienes futuros y transmitir en ellos á tercero el condominio, vendría á resultar en favor de los comuneros una donación opuesta al art. 635 del Código: 2.°, porque el pacto ofreciendo traer á la comunidad bienes de personas cuya sucesión no se ha abierto, es nulo y prohibido expresamente en las leyes; y 3.°, porque tal estipulación es opuesta al principio de posible igualdad entre las cuotas de los condóminos, toda vez que uno de ellos, de modo algún tanto debido al azar y á las contingencias de lo futuro, pudiera aportar una masa de bienes desproporcionada á la que en total constituía la comunidad. No debe perderse de vista, finalmente, al estudiar esta cuestión, que los copropietarios son

verdaderos dueños, y que serían enormes y muy transcendentales las diferencias en la comunidad si se autorizasen pactos que sin género alguno de duda contrariasen el principio capital de igualdad de cuotas en lo posible, consignado de modo expreso en el art. 393 de nuestro Código civil.

Comunidad especial entre los dueños del suelo y los del arbolado.—Cuando la propiedad de las heredades se halla dividida en manera tal que á unos pertenece la del suelo y á otros la del arbolado sito en el mismo, ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sent. de 23 de Febrero de 1847), que el dueño del suelo carece de acción para impedir al del arbolado el libre aprovechamiento de éste. Son muchas las cuestiones á que ha dado lugar esta forma de hallarse constituído el dominio, creyendo algunos tratadistas que en el supuesto de pertenecer á distintos propietarios el dominio del suelo y el de los árboles que sobre él arraigan, más bien que comunidad, existe una propiedad con caracteres especiales en cuanto á la manera de determinarse los respectivos derechos de los propietarios.

Pero tal doctrina no ha sido sancionada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. La importante sentencia de 9 de Marzo de 1893 establece con indiscutible acierto: 1.°, que aunque no haya comunidad en todos los disfrutes ó aprovechamientos de una finca, no puede menos de reputarse como *copropietarios de cosa común* al que tiene el derecho de siembra y aquél á quien pertenece el arbolado, ya porque éste se halla adherido al terreno y no puede subsistir separado de él, ya porque los derechos de ambos dueños están subordinados y relacionados de modo que el uno en las operaciones de cultivo nada puede hacer que redunde en menoscabo ó detrimento de los árboles, ni tampoco es lícito al otro el utilizarse de ellos, ni impedir, entorpecer ó perjudicar la explotación agrícola del suelo: 2.°, que debiendo por las razones expuestas calificarse de copropietarios de cosa común al dueño del suelo y al del arbolado, es manifiesto el derecho de retracto establecido en el art. 1522 del Código civil á favor del dueño del suelo con ocasión de la enajenación del derecho de arbolado;

y 3.º, que estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe el artículo 392, que se refiere á los derechos y obligaciones que lleva consigo la comunidad de bienes.

VI

Derechos y deberes de los condóminos por consecuencia de la comunidad de bienes y derechos.

Aparte de las relaciones jurídicas que surgen de la comunidad de bienes y derechos entre los condóminos con relación á terceras personas, materia que habremos de examinar al ocuparnos en la administración de la cosa ó derecho común, y cuando estudiemos lo dispuesto en los artículos 399 y 403 del presente Código civil, es muy importante el análisis de los derechos que la ley otorga á los copropietarios y de las obligaciones que á los mismos les impone en orden á la naturaleza misma de la comunidad.

Ante todo, cada condueño, y en razón á las facultades dominicales que sobre la cosa ó derecho común tiene aquél atribuídas, posee el ejercicio de la acción reivindicatoria, como adecuada para reclamar, no sólo contra quien indebidamente posea, sino contra quien detente; y como, según la doctrina del Tribunal Supremo (sent. de 22 de Junio de 1892, constituye una verdadera detentación en el condueño atribuirse el aprovechamiento exclusivo de parte de la cosa común, síguese la consecuencia de que dicha acción reivindicatoria, no solo puede ser utilizada contra personas extrañas á la comunidad, sino aun contra los propios copartícipes, sin que venga limitada exclusivamente á la parte proporcional del comunero, sino al todo ó á la parte, según los casos. No puede olvidarse, asimismo, que el juicio dado á favor de un condueño, contra tercero extraño á la comunidad, aprovecha á todos los demás (sent. de 27 de Mayo de 1874); doctrina que es de recordarse en asunto tan importante como el de la reivindicación de lo común, cuando la acción se utiliza de modo singular por alguno de los partícipes y no por todos ellos reunidos. Igualmente

habrá de recordarse que en la comunión de bienes ó derechos, los comuneros se aprovechan de la prescripción ganada contra tercero por cualquiera de ellos, así como de la interrupción natural de la prescripción en los propios términos.

Relativamente á la conservación de la cosa ó derecho objeto de la comunidad y á su administración, los principales derechos de los partícipes son los siguientes: 1.º, obligar á todos los demás á contribuir á los gastos necesarios para la conservación de la cosa ó derecho común, en los términos ordenados en los artículos 395 y 396 del Código: 2.º, exigir de los otros comuneros se abstengan de hacer alteraciones en la cosa común, con la consiguiente reposición de aquella á su estado anterior, ó si no fuera posible, indemnizando los perjuicios originados á la comunidad: 3.º, abandonar sus derechos de participación en el dominio, si quieren eximirse de subvenir á las expensas indispensables para la conservación de la cosa ó derecho comunales: 4.º, participar del mayor valor de lo común cuando la cosa haya adquirido mayor estimación por circunstancias naturales ó accidentales, siempre de modo proporcional á sus cuotas respectivas: 5.º, tener á su favor la presunción legal de igualdad en las cuotas de todos los partícipes sobre la comunidad, presunción que sólo podrá desvirtuarse ante convenio expreso ó demostración contraria: 6.º, obligar, caso de comunión universal, á los otros comuneros á aportar á ella todos los bienes y derechos prometidos: 7.º, servirse en su provecho de las cosas comunes, conforme á su destino con las limitaciones prescritas en el art. 394; y 8.º, enajenar, ceder, hipotecar ó sustituir en sus derechos no personales á otro condómino ó á un extraño.

Las obligaciones más importantes de los condóminos en sus relaciones con la comunidad son las que pasamos á exponer: 1.º Contribuir á los gastos necesarios para la conservación de la cosa ó efectividad del derecho común. 2.º Respetar el uso dado á la cosa según su natural destinación, no aprovechándose de ella en perjuicio de la comunidad, debiendo indemnizar á los demás, caso de mediar culpa de su parte. 3.º Aportar á la comunión los bienes ó derechos prometidos. 4.º Cumplir, en cuanto á los actos de admi-

nistración, los acuerdos de la mayoría que no fuesen gravemente perjudiciales; y 5.° Respetar los derechos de terceros que concurran á la división de la cosa objeto de la comunidad.

VII

Disposiciones especiales á que alude el Código civil en materia de comunidad de bienes.

El precepto establecido en el art. 392 que estamos examinando, es explícito y concluyente. Las reglas contenidas en aquél convienen á toda especie de comunión de bienes y derechos: he aquí el principio general, claro y terminante. Pero cuando la comunión se constituye por contrato, ó cuando, aun involuntaria en su origen, estipulan más tarde los comuneros ciertas reglas para el uso y disfrute de los bienes comunes, ó para su administración, la voluntad de las partes resulta la suprema ley del contrato, con las limitaciones consiguientes impuestas en toda convención, que ha de someterse siempre á las exigencias generales del derecho, ante el cual son ilícitas las cláusulas opuestas á la naturaleza de lo estipulado. Aparece, pues, la primera excepción del principio consignado en el repetido art. 392, en la expresión de la voluntad é intención de los comuneros manifestadas en el convenio, que, como ya se ha dicho, es ley en los contratos, si bien nunca lo en éstos pactado podrá contrariar en absoluto las reglas cardinales que afectan á la vitalidad de la comunión de bienes y derechos establecidos en algunos artículos del presente capítulo, ni oponerse á los enunciados inmutables de la moral y del derecho.

Resulta otra segunda excepción en las disposiciones especiales, que á más de las de carácter general de que habla el tít. 3.° del libro 2.° del Código civil, regulan el ejercico del derecho de comunidad. Y ocurre preguntar ahora: ¿á qué disposiciones especiales hace referencia el art. 392?

Las disposiciones especiales á que el Código alude, son muy diversas. Unas se encuentran dentro del mismo Código, y rigen para cierta clase de comunidades; otras habrán de buscarse en

leyes civiles diferentes del presente Código; y otras, finalmente, constituyen preceptos legales del derecho administrativo, aplicables á determinada clase de bienes y de derechos poseídos en forma comunal.

Disposiciones especiales del Código civil.—Las especies de comunidad de bienes ó derechos en los cuales han de aplicarse disposiciones particulares del propio Código civil, son las siguientes:

1.ª La comunidad de bienes entre los esposos, representada por la sociedad de gananciales como una de las formas que el Código autoriza al otorgar las estipulaciones matrimoniales. En ella no rigen las disposiciones del presente título, sino las del capítulo 1.º, tít. 3.º, libro 4.º, del Código civil.

2.ª La comunidad resultante en los casos de conmixtión de cosas muebles pertenecientes á diversos dueños, mezcladas con ó sin voluntad, pero de buena fe, viene asimismo determinada especialmente por los principios establecidos en los artículos 381 y 382 del presente Código civil.

3.ª La comunidad del derecho de paso cuando los copropietarios reservan un terreno común; y el uso también común de ese derecho cuando el fundo no es indiviso y viene aquél atribuído á dos ó más dueños de los predios dominantes. En ambos casos, lo que en términos generales reviste los caracteres de una servidumbre, se transforma en una verdadera comunidad de derechos, la cual en su ejercicio se subordina á lo prevenido en la sección 3.ª, capítulo 2.º, tít. 7.º, libro 2.º, del Código civil.

4.ª El disfrute recíproco y las cargas consiguientes á la comunidad en la medianería y en el aprovechamiento comunal de leñas y pastos, pues la servidumbre se transforma también, en cuanto al ejercicio de ese derecho, por su carácter de mancomún en una comunidad de derechos, sometida á las prescripciones de la sección 4.ª del capítulo, título y libro ya citados del Código, y á lo prevenido en los artículos 600 al 604 del mismo cuerpo legal.

Leyes de derecho civil, especiales en cuanto á la comunidad de bienes y derechos.—Las principales especies de comunidad reguladas en leyes diversas, son las siguientes:

1.ª La comunidad especial de regantes, obligatoria unas veces y voluntaria otras, instituída en el art. 228 de la ley de 13 de Junio de 1879. Sometidas á dicha ley las comunidades que se constituyan entre los diferentes propietarios para el uso de las aguas de riego y bonificación de sus respectivos predios, claro es que aquéllas habrán de regirse por las ordenanzas que, según la ley citada, tienen fuerza coercitiva una vez aprobadas por el Gobierno, que á ello no podrá negarse, ni menos introducir variaciones en su texto sin oir previamente al Consejo de Estado. Establece la repetida ley especial el sindicato elegido por la voluntad de los comuneros, entidad encargada de la ejecución de las Ordenanzas y de la efectividad de los acuerdos del común de regantes, quienes, finalmente, vienen sometidos á un jurado, autoridad irrecusable en las cuestiones de hecho, y cuyos fallos son absolutamente irrevocables, según dispuso la Real orden de 4 de Agosto de 1883, publicada en la *Gaceta* del día 14. Celosos los Gobiernos en conservar la respetabilidad tradicional de las comunidades de regantes, han invitado en varias ocasiones á dichas asociaciones á uniformar sus estatutos, como puede verse consultando la Real orden de 25 de Junio de 1884, formulando el proyecto de unas Ordenanzas generales de riegos y reglamentos á ellos consiguientes.

Es, por tanto, la comunidad para el uso y disfrute de las aguas de riego y bonificación de los predios una comunión de derechos, regida por la citada ley de Aguas, en cuanto no se halle previsto en este Código.

Un verdadero caso de comunidad tácita de derechos sobre el uso de las aguas de riego, es el resuelto por la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 1.° de Marzo de 1872, *Gaceta* del día 7. Cuando una finca formada de tierras, unas con regadío y otras sin él, se divide, en cuanto á su propiedad, por la venta de varias fanegas á otros propietarios, sin expresar en la escritura de enajenación si la parte enajenada debía utilizar el derecho de riego que poseía el entero de la finca, ¿conservan las parcelas vendidas y en manera proporcional aquel derecho al igual que cuando constituían la totalidad de la finca dividida por la enajenación?

No obstante el silencio de la escritura transmitiendo el dominio, el Tribunal Supremo entendió, muy acertadamente, que en materia de uso y aprovechamiento de aguas ha de estarse á lo que resulte del estado posesorio continuo y no disputado, por lo cual era evidente que las fincas segregadas y adquiridas por la compraventa conservaban á proporción el mismo derecho que cuando anteriormente formaban parte del todo de la finca ya dividida.

2.ª La comunidad de derechos entre dos ó más autores ó editores por consecuencia de la llamada propiedad intelectual. Conforme al art. 5.º de la ley de 10 de Enero de 1879, la propiedad intelectual se regirá por el derecho común, pero con las limitaciones impuestas en aquella ley especial, las cuales constan especificadas en su art. 6.º y en algunos otros de la misma ley.

3.ª La comunidad en la propiedad que resulta cuando se otorga á dos más la patente de invención por el establecimiento de una nueva industria ó construcción original de máquinas, instrumentos ó productos industriales, caso previsto en el art. 7.º de la ley especial de 30 de Julio de 1878, cuya ley habrá de ser la aplicable en las cuestiones sobre condominio de los inventores, su duración, efectos y transmisibilidad á tercero, teniéndose presente también las disposiciones aclaratorias de 21 de Agosto de 1884 y 2 de Agosto de 1886.

4.ª La comunidad en la explotación de las minas sin que se constituya sociedad ó compañía común ó mercantil. Aun cuando sean aplicables las leyes civiles ordinarias de modo general, su aplicación habrá de subordinarse á la ley especial de Minas de 6 de Marzo de 1868, y en tanto regirán los principios del presente capítulo del Código, en cuanto no se modifiquen en cualquier extremo por la especialidad de la ley citada.

5.ª La comunidad privativa establecida en las haciendas comuneras de la isla de Cuba. Ni las leyes civiles anteriores á la promulgación del Código eran aplicables á dicha comunidad especial (sent. de 7 de Noviembre de 1885), ni lo son las de hoy (art. 3.º del Real decreto de 25 de Septiembre de 1885), ni, por tanto, las disposiciones sobre comunidad del tít. 3.º, libro 2.º del Código

civil, tienen eficacia en dicha clase de comunidades. Ya en el estudio sobre el deslinde (pág. 272 de este tomo) hemos dado á conocer las disposiciones vigentes en la materia, debiendo consultarse además el Real decreto de 5 de Agosto de 1863, y sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Febrero de 1888 y 11 de Noviembre de 1889, la ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar de 14 de Julio de 1893, el art. 4.° transitorio del reglamento de 18 del mismo mes y la Instrucción de 13 de Agosto del citado año sobre la inscripción en los registros de las haciendas comuneras; teniendo siempre en cuenta que el Voto consultivo redactado por la Audiencia de Puerto Príncipe en 1.° de Abril de 1819 y adicionado por acuerdo de 8 de Mayo de 1844, es verdadera ley en el asunto. No debe olvidarse, asimismo, que se entiende comunero, y por tanto, con derecho á solicitar la división de la hacienda, todo aquel que tenga asiento de crianza ó cultivo con más de veinte pesos de posesión, en cuyo caso se encuentra quien sólo tiene el dominio útil de cierto número de caballerías sujetas á rectificación (sentencia citada de 7 de Noviembre de 1885). Y no obsta á la virtualidad de las leyes especiales, en cuanto á las haciendas comuneras de Cuba, el que el Código civil rija allí en toda su integridad, conforme á lo mandado en el Real decreto de 31 de Julio de 1889. Precisamente es el mismo Código, en su art. 392, quien dispone que en tanto son efectivos sus preceptos sobre la comunidad, en cuanto no se hallen modificados á virtud de disposiciones especiales, y ya se ha indicado cuáles son las existentes de modo especial en la isla de Cuba respecto á esa especie de propiedad comunal, que es una institución privativa de dicha isla, y reglamentada también de manera particularísima por el llamado *Voto consultivo*.

Disposiciones del derecho foral sobre comunidad de bienes.— Reproducimos aquí cuanto sobre la inteligencia de los arts. 12 y 13 del Código expusimos en otro lugar (1), doctrina que habrá de tenerse presente al estudiar las comunidades familiares y de otra especie instituídas en determinadas regiones de España. La lla-

(1) Tomo 1.°, pág. 102 de estos Comentarios.

mada *comunidad familiar* es una de las instituciones jurídicas de mayor importancia, y á ella presta un gran valor la tradición consuetudinaria, robustecida en muchos casos por las leyes y fueros escritos. El tipo de la familia asociándose comunalmente para sus intereses rurales, los hijos uniéndose á los padres, y los hermanos, y aun familias diferentes, estrechando los lazos de verdadera comunidad, es cosa muy frecuente en la historia del derecho regional de Asturias, Galicia y Aragón. La *compañía gallega*, por ejemplo, formada por el mero consentimiento tácito de los individuos de la familia, la comunidad de ésta bajo el patronato de un hijo mejorado, peculiar á Aragón, pero también existente en Galicia; el agermanamiento consuetudinario, forma típica de comunidad conyugal, que llegó á hacerse extensiva á la viuda con los parientes del difunto, y el *acogimiento*, comunión establecida entre una familia con otra ú otras: he aquí especies bien diversas de comunidad no reconocidas expresamente en el derecho civil de Castilla. La legislación foral de Navarra nos presenta también (libro 6.°, tít. 1.°, cap. 6.°, Fuero) la comunidad de *pastos de facería*, y Vizcaya, la comunidad entre los esposos (ley 1.ª, tít. 20, Fuero), y la reglada en el tít. 14 del propio Fuero. Cuáles de esas comunidades siguen vigentes, no hay para qué discutirlo, bastando recordar cuanto sobre la extensión y alcance de los artículos 12 y 13 se expuso en su lugar oportuno. Lo que sí conviene hacer constar, es que esas comunidades, consuetudinarias unas, y escritas en los fueros otras, son cosa bien distinta de la comunidad establecida en el Código civil, y comprendida, por consiguiente, en la excepción terminante del párrafo segundo del art. 392 de dicho Código.

Comunidad de bienes y aprovechamientos comunales regidos por el derecho administrativo.—Se denominan *comunes* los bienes rústicos y urbanos y los aprovechamientos forestales y de pastos, otorgados, según las Ordenanzas y disposiciones administrativas, á los vecinos de un pueblo ó á los de dos ó más que estén ligados entre sí por concordias celebradas entre ellos, y cuyas concordias tienen fuerza obligatoria. En esta forma de propiedad comunal, dice acertadamente un tratadista (Altamira, *Prop. com.*, int., 1.°), son propie-

tarios todos los miembros que forman la comunidad indivisamente, y su uso y disfrute pertenece á todos ellos, considerados singularmente; entendiéndose sometidos, añadiremos nosotros, ese uso y disfrute á prescripciones admininistrativas dictadas en beneficio de la misma comunidad.

Los Ayuntamientos, con arreglo á lo dispuesto en el art. 75 de la ley de 2 de Octubre de 1877, poseen de modo exclusixo la facultad de acordar el régimen conveniente á la distribución, aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales entre los vecinos; y de las cuestiones que sobre tal particular se susciten, corresponde entender á los Tribunales provinciales de lo contencioso, con arreglo al art. 8.° de la ley de 2 de Abril de 1845 y Decisiones de 29 de Mayo de 1890 *(Gaceta* de 30 de Noviembre) y 26 de Febrero de 1892 *(Gaceta* de 9 de Octubre).

Constituye, pues, esta comunidad de bienes y derechos una especialidad no regida por nuestro Código civil, y sí sometida á multiplicidad de leyes y ordenanzas de carácter esencialmente administrativo. En ellas se dispone, entre otras cosas, que la conservación y aprovechamiento de los montes municipales corresponde, como se ha indicado, á los Ayuntamientos, según dispone la regla 4.ª, art. 75 de la ley Municipal, que estima vigente la ley y reglamentos de 23 de Mayo de 1845; entendiéndose que para la existencia de la comunidad no es indispensable que ciertos bienes, como los montes y dehesas, pertenezcan en plena propiedad al pueblo, ni aun siquiera que éste tenga en ellos condominio, sino que es bastante subsista la comunidad de usos y disfrutes con otro propietario, siquiera éste sea un particular (Real decreto-sentencia de 28 de Febrero de 1885, *Gaceta* de 3 de Junio).

Ocioso es advertir que los derechos de comunidad están limitados á los vecinos, y nunca son extensivos á los terratenientes del término municipal, ni el disfrute comunal se otorga tampoco á los que residiendo en otros pueblos que en conjunto componen la jurisdicción del Ayuntamiento, tienen, no obstante, territorio propio y derechos comunales que les son privativos (Reales órdenes de 23 de Febrero de 1872, 6 de Febrero de 1875 y 23 de Julio

de 1879). Una excepción importantísima consignan las leyes á favor de los mineros, los cuales serán considerados como vecinos y verdaderos condóminos en el uso de las aguas, montes, dehesas y prados y demás aprovechamientos comunes respecto de los pueblos en cuyos términos radiquen sus minas, sometiéndose, como es consiguiente, en el uso de tales derechos á las Ordenanzas y costumbres municipales respectivas (art. 60 de la ley de 4 de Marzo de 1868).

Es también muy importante la Real orden de 6 de Marzo de 1849, disponiendo que la distribución de los aprovechamientos comunales se haga, cuando á ello tengan derecho dos ó más pueblos, en proporción al número de vecinos de cada uno; la de 21 de Junio de 1871, mandando contribuir á todos los condóminos proporcionalmente á la conservación y mejora de los montes públicos, y la doctrina sentada en sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 1893 sobre propiedad comunal é imprescriptibilidad de la acción entre los comuneros de tales clases de bienes.

Finalmente, las Ordenanzas de Montes de 22 de Diciembre de 1833, extensivas á Cuba y Puerto Rico por Real decreto de 21 de Abril de 1876, la ley Municipal de 2 de Octubre de 1877, las Ordenanzas municipales, las concordias entre los pueblos y los usos y costumbres vecinales, y asimismo diversas Reales órdenes y decisiones contencioso-administrativas, regulan la comunidad especial que los vecinos tienen sobre los bienes y derechos llamados propiamente de aprovechamiento común, y exceptuados, según se ha visto, de los preceptos establecidos en el Código civil sobre la comunidad de bienes.

ARTÍCULO 393

El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional á sus respectivas cuotas.

Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes á los partícipes en la comunidad.

Establece este artículo, inspirándose en rectos principios de justicia: 1.°, la proporcionalidad de todos los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas de la comunidad, sirviendo de términos á esa proporción las cuotas respectivas de cada comunero sobre los bienes poseídos en común ó sobre los derechos objeto de aquélla; 2.°, la presunción *juris tantum* de la absoluta igualdad de las proporciones respectivas á cada partícipe en el entero que les es común. Dedúcese, por consiguiente, de ambos enunciados que las ventajas y cargas aprovechan y pesan respectivamente sobre los condóminos á proporción de la extensión del derecho de cada uno, y según la entidad de su cuota, en orden á la comunidad; y que la participación individual de los comuneros, es, salvo prueba en contrario, de absoluta igualdad relacionada con los bienes ó derechos comunales.

La idea de proporción sustentada sobre la base de la cuota asignada, siquiera sea *in abstracto*, á cada comunero en el total de la comunidad, sirve de norma á la distribución equitativa de los frutos, rentas y acrecimientos de los bienes comunes, al justo repartimiento también de los gastos de reparación y conservación de aquellos bienes, y finalmente, á la fijación individual de las cargas, contribuciones, censos, gastos litigiosos, ó cualesquiera otros gravámenes que puedan afectarles. Así lo confirman los artículos 395 y 399.

La presunción legal de igualdad en las respectivas participaciones, conviene, asimismo, no sólo para fijar la cuota, que pudiéramos llamar expectante y sólo únicamente cierta y efectiva el día de la división de la cosa, sino para que en su oportunidad los bienes se partan con arreglo á un criterio de antemano establecido en la ley, y que á no existir prueba que le contraríe, es absoluto é invariable.

El hecho, por tanto, contrario á la presunción legal, es el referente á la desigualdad de las proporciones asignadas á cada partícipe, y á éste incumbe demostrarlo siempre que sea materia de contradición, utilizando para ello todos aquellos medios reconocidos en el derecho como bastantes á tal propósito. Y claro es, desde

el momento en que la cuota de los comuneros no es igual para todos, la proporcionalidad en los beneficios y en las cargas queda sometida á la entidad de la porción asignada individualmente, pues dicha regla proporcional se subordina, al ser fijada, á lo que valga y signifique la cuota respectiva á cada uno de los copropietarios en los bienes ó derechos de la comunidad.

¿Puede alterarse esa proporcionalidad en las cargas y beneficios, establecida terminantemente en la ley, por estipulaciones contrarias de los comuneros?—Los comentaristas del código civil italiano han presentado esta cuestión, que no deja de tener importancia. Fornari (obra citada, 35), para resolverla con acierto, empieza sentando una utilísima ditinción. Una cosa, dice, es el producto de los bienes comunes, v. gr., los frutos y rentas del inmueble, y otra el mayor valor que los bienes muebles ó inmuebles poseídos comunalmente puedan tener en el momento de la división, ó por obra del condómino, y añade que como la comunión dejaría de serlo si todas las cargas ó beneficios fuesen exclusivamente de alguno ó algunos de los comuneros, sólo será lícito pactar la desigualdad sobre la diferente apreciación de la cosa al ser dividida, ó sobre las pérdidas que son naturales al deterioro de aquélla. Entendemos, sin embargo, nosotros que las convenciones estipulando que las ventajas y las pérdidas de cualquier clase que fueren, no se asignasen en su día proporcionalmente á la entidad de la cuota individual, serían contrarias al mandato explícito del art. 393 que ahora examinamos, y por tanto, ineficaces y opuestas á la esencia de la comunidad y á la naturaleza jurídica de esta institución. Los ejemplos que el dicho escritor aduce en apoyo de la tesis contraria, robustecen nuestra opinión. Este ilustre tratadista presenta el caso de dos ó más hermanos, los cuales conviniesen en ceder á uno de ellos la administración del caudal hereditario común á todos ellos, estipulando que al ser aquél dividido, si los bienes hubiesen aumentado de valor, todas las ventajas quedasen á favor del dicho hermano; é igualmente refiere el supuesto de dos agricultores en comunidad de explotación agrícola, uno de los cuales ofrece y el otro acepta, que debiendo tardar algún tiempo

en venderse los cereales, si el día de la venta el precio de éstos es mayor, será de el aceptante la ventaja, y si es menor, éste solo reportará la pérdida. Mas como se ve claramente, en el caso de los dos hermanos desaparece la comunidad para refundirse en un contrato de sociedad, en el cual el comunero queda convertido en socio industrial, y por esa razón se le asigna una compensación á su laboriosidad en la administración. En cuanto á la convención de los agricultores, surge de ella, á más de un colonato parciario, un contrato aleatorio que nada tiene que ver con la comunidad.

Fuera, por lo demás, injusto que si una finca hubiese subido de estimación al ser dividida, efecto del movimiento favorable de la propiedad, no reportasen los comuneros esa utilidad, y en cambio hubieran de soportar las depreciaciones que dicha finca tuviese con relación á su valor en venta. Los frutos naturales, las utilidades de la cosa común, su aumento de estimación al ser dividida, lo mismo que las pérdidas, los gastos y el descenso de la estimación en el mercado, deben recaer sobre los comuneros proporcionalmente á sus respectivas cuotas, y toda convención contraria habrá de ser tenida por nula é ineficaz. Este es, á nuestro juicio, el principio, cuya virtualidad se enerva y desaparece deduciendo del mismo consecuencias que no son adecuadas lógica y naturalmente.

ARTÍCULO 394

Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme á su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida á los copartícipes utilizarlas según su derecho.

En toda comunidad de bienes, como ya se ha dicho, cada partícipe es verdadero dueño, proporcionalmente, de los bienes y derechos que la constituyen, y de ahí nace la declaración del presente artículo reconociendo en el comunero la facultad de servirse de las cosas que forman aquélla. Así, por ejemplo, los diversos copro-

pietarios de una dehesa se aprovechan individualmente en favor de sus ganados de los pastos que á todos son comunes. La atribución, por otra parte, de utilizarse los condóminos de las cosas que de modo también común sirven al conjunto de la comunidad, como los pozos, fuentes, patios, escalera, bodegas, etc., es otro nuevo aspecto del derecho reconocido á los partícipes, el cual, por lo expuesto, radica: 1.°, en la masa general de bienes y derechos que constituyen la comunidad; 2.°, en la parte abstracta que de modo individual está asignada á cada comunero; y 3.°, en las cosas cuyo uso es común y necesario á todos los condueños.

Limitaciones de este derecho.—El principio de que, como verdadero dueño que es el comunero, puede servirse de la cosa objeto de la comunidad, v. gr., de un monte, de una dehesa, de una finca de recreo; de los accesorios comunes, por ejemplo, las fuentes, acequias, estanques; y de su porción abstracta, tal como el piso de una casa que le está asignado, ó la parte de una heredad de cultivo, viene limitado en su ejercicio: 1.°, en interés de la misma comunidad; y 2.°, en interés privativo de los otros comuneros.

Primer caso.—Limítase el derecho individual de cada partícipe en beneficio del general de la comunidad, prohibiendo, como en efecto la ley prohibe, al condueño disponer de la cosa común de manera contraria, no *á su naturaleza*, conforme algún comentarista entiende debió decir el Código, sino *al destino* de aquélla, fijado por la comunidad ó por el uso admitido generalmente para dicha cosa, cual acertadamente prescribe este artículo. La voluntad de los condóminos puede fijar (según con oportunidad recuerda un escritor) que una nave destinada naturalmente á los transportes y viajes marítimos, sirva de depósito de granos ó sustancias alimenticias, y nunca sería lícito á un comunero disponer se descargase y realizara un viaje sin asentimiento de los demás. Claro es que las cosas se dedican de ordinario á aquello de que son susceptibles por su propia naturaleza; pero parécenos más exacta la locución empleada por el Código, haciendo recaer la prohibición de su uso ó servicio por los copartícipes, cuando éste ó aquél no sean *conformes al destino* que la comunidad ó el uso admitido les diese.

El acuerdo de la comunidad, es, pues, la primera condición que hay que respetar, y sólo cuando no exista estipulación expresa ó tácita, habrá de atenderse al destino que de ordinario se da á la cosa común para decidir si el comunero ha ido ó no contra los intereses colectivos. El condueño que convirtiese en heredad de cultivo el todo ó la parte de una dehesa de pastos, ó inutilizase una fuente común á los demás condóminos, sirviéndose del agua para otros usos, iría contra los intereses generales de la comunidad, y sería ante ella responsable del ejercicio abusivo de su derecho individual.

También se restringe por la ley este derecho cuando su efectividad perjudica á la comunión, no ya porque el comunero no se sirva de la cosa según su destino, sino porque la distraiga para su uso particular, contrariando los intereses generales de la colectividad. Tal sería el supuesto de haber convenido los copropietarios de una casa en arrendarla, y resistirse, sin embargo, á abandonar su habitación ó satisfacer el alquiler convenido algún condueño, perjudicando en provecho propio los intereses generales de los otros comuneros.

Segundo caso.—Otra limitación establecida en el presente artículo al derecho peculiar de cada partícipe, es la de que el goce individual en los bienes ó derechos comunales no impida á cualquiera de los otros condóminos servirse de lo que es común, según su propio derecho. Como se ve, no se trata ya de la contraposición del interés de cada comunero frente al general de la comunidad, sino de la necesaria armonía que la naturaleza misma de aquella institución requiere exista entre los derechos recíprocos de los condueños sobre lo que les es común á todos. Cada partícipe tiene, por ejemplo, atribuciones para servirse del agua que suministre una fuente destinada al uso de varios copropietarios de una casa; pero si aquélla tiene limitado su caudal, sería injusto privar del agua á uno ó varios de los condóminos, tan sólo porque otro ú otros la consumiesen de modo exclusivo.

Compréndese, desde luego, que el Código no podía descender á establecer reglas, ni en el caso que ahora examinamos, ni en el

precedente. La comunidad sí podrá fijarlos, y sus acuerdos serán inexcusablemente obligatorios para todos los comuneros; pero cuando no haya convenios preestablecidos, los principios inmutables de la justa y equitativa distribución de los servicios entre los partícipes, según su cuota en la comunidad, habrá de solucionar muchas cuestiones, quedando otras resueltas por las solas reglas del buen sentido y de la natural concordia que debe presidir á toda comunidad.

La simple tolerancia de los condueños, ¿supone el tácito consentimiento respecto al destino de la cosa á un uso distinto y contrario á los fines de la comunidad?—No conocemos jurisprudencia alguna española sobre esta cuestión, ya resuelta por los tribunales italianos, y cuya doctrina reproduce Fornari *(Della com. dei bieni*, pág. 40). Suscitado, en efecto, un litigio por haber destinado á su uso privado un condueño durante muchos años lo que estaba al servicio de dos ó más, alegaba el demandado su exclusiva propiedad por razón de prescripción mediante el uso y posesión de largo tiempo. El Tribunal de Casación de Florencia (2 de Junio de 1873) declaró: «que la simple tolerancia del condueño no podía nunca legitimar el cambio del uso de la cosa según su destino, sin que en apoyo de la pretendida propiedad pudiera invocarse la prescripción, puesto que ésta no se produce por actos de mera tolerancia del condueño de los bienes comunes».

Sin perjuicio de estudiar en su oportunidad la complicada teoría de la prescripción en orden á la comunidad, fundada en el aforismo tradicional del derecho *Socius contra socium, res communem non prescribit*, debemos recordar como complemento de la doctrina expuesta en la sentencia del Tribunal de Casación de Florencia, que también nuestro Tribunal Supremo ha establecido el principio de «que las cosas poseídas en común no se prescriben por ninguno de los comuneros» (sent. de 7 de Noviembre de 1885).

Acciones para la efectividad de los derechos otorgados en el presente artículo.—A nuestro juicio, como la comunidad es en esencia el dominio, siempre que algún condueño vaya contra el interés colectivo ó perjudique el de otros condóminos, serán utilizables las

acciones reivindicatorias y posesorias y las extraordinarias de interdicto, así como podrán reclamarse judicialmente los daños y perjuicios causados á la colectividad ó al copropietario. Nuestro Tribunal de Casación (sentencia de 17 de Diciembre de 1891), interpretando el artículo que estamos estudiando, declaró hallarse en su lugar el fallo condenando á destruir ciertas obras verificadas en un patio común á diversas fincas, que los demandados entendían serles de propiedad exclusiva, sentando, finalmente, la doctrina de haber aplicado con acierto la Sala sentenciadora el art. 394 del Código civil al ordenar la demolición de la obra levantada en el expresado patio, que era común á todos, por uno de los partícipes.

ARTÍCULO 395

Todo copropietario tendrá derecho para obligar á los partícipes á contribuir á los gastos de conservación de la cosa ó derecho común. Sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie á la parte que le pertenece en el dominio.

Consecuencia inmediata del principio de proporcionalidad en los beneficios y en las cargas de la cosa ó del derecho común, impuesto á los comuneros en el art. 393, es lo establecido en el que vamos á examinar. Este reconoce á todos y cada uno de los partícipes el derecho de requerir, y si fuese preciso, obligar á los demás á contribuir á los gastos de conservación de la cosa, ó del derecho que á todos es común; relacionando tales atribuciones con la obligación recíproca también de sufragar los comuneros dichos gastos, en proporción á sus cuotas respectivas, sin que quepa para la excusación de aquel deber, otro recurso que la renuncia de la parte que le pertenezca en el dominio de la cosa común.

Tan sencillo como ese principio se presenta, tan arreglado á justicia cual en sus términos se nos ofrece, y tan racional, finalmente, como habremos de encontrarle haciéndole radicar en la noción de la copropiedad y en la facultad consiguiente á todo condómino de evitar que la destrucción total ó parcial de la cosa, ó el

desconocimiento del derecho común, le impidan usar y gozar de lo que le pertenece, aparecerán, seguramente, difíciles sus aplicaciones. No es dable fijar reglas exactas para el acertado desenvolvimiento de los preceptos del art. 395, y sólo habrá de conseguirse el acierto, habiendo por parte de todos los comuneros una suma discreción, inspirada en la más estricta equidad y absoluta buena fé, y procurando siempre aquéllos la necesaria concordia que habrá de presidir en los acuerdos todos de la comunidad.

I

Gastos á que vienen obligados los comuneros.

Algunos tratadistas dividen los gastos ó expensas que hubieran de hacerse en los bienes de la comunidad, en *necesarios*, *útiles*, y *voluntarios* ó de lujo y recreo. Incluyen en la primera categoría aquéllos, sin los cuales la cosa ó el derecho no pueden conservarse, y son, por lo tanto, indispensables á su sostenimiento. Sobre la obligación de reintegrar los comuneros el importe de estos gastos, caso de anticipo por alguno de ellos, y de contribuir cuando fuesen requeridos de una manera proporcional á sus cuotas, no les cabe duda alguna á los autores de la triple distinción ya enunciada. Las dificultades surgen en los llamados gastos *útiles,* ó sea aquellos anticipados espontáneamente por uno ó varios copartícipes, y que no siendo absolutamente necesarios á la conservación material de la cosa, la hacen mejorar acrecentando realmente su valor. Esas expensas, escribe un docto jurisconsulto (Fornari, obra citada), sólo producen acción de reembolso ó resarcimiento cuando sea ordenado éste por los tribunales, los cuales deberán decretarlo siempre que el estado económico de la comunidad consienta tales mejoras, y ellas revelen la buena gestión en su pró del comunero que las hizo. Y entiende asimismo dicho escritor, que de no accederse al reintegro, y para dejar á salvo el cardinal principio de que «nadie puede enriquecerse á costa de otro», á la disolución de la comunidad, si la cosa aumentó de valor por las dichas mejoras, deberá, no obstante la proporcionalidad establecida como presunción legal, adjudicarse

más á quien reportó el mayor lucro. Finalmente, por lo que respecta á los gastos de embellecimiento ó recreo, ó sea á los *voluntarios*, convienen los expositores todos que sólo en el caso de que el condómino los hubiese verificado con el consentimiento de los demás, podrá reclamar su reintegro proporcional á las cuotas respectivas, cediendo, caso contrario, en beneficio de la comunidad.

La triple clasificación que acabamos de exponer no tiene verdadera importancia para fijar la doctrina conducente á la recta interpretación del art. 395 de nuestro Código civil. Este, con buen acuerdo, no consigna, como el italiano (art. 676), que los gastos reclamables son únicamente los *necesarios*, y aun cuando no habla de los de mera *reparación*, como lo hace el de la Argentina (art. 2178), claro es que bajo el concepto de gastos para la conservación de la cosa, vienen los últimos incluídos tácitamente en aquéllos; pues los bienes muebles ó inmuebles, en la lenta labor de su destrucción, ó cuando un accidente cualquiera los deteriora, terminarían por desaparecer sin oportunas reparaciones que tienden lógica y naturalmente á su conservación y á hacerlos servibles y útiles á los fines de la comunidad.

Así, pues, dentro del texto claro, explícito y terminante de nuestro Código civil, el derecho atribuído á los partícipes de anticipar primero, y reclamar después de los otros condueños las expensas hechas en beneficio de las cosas ó derechos comunales, no se extiende á las que, sin ser indispensables á la conservación de aquéllas y de éstos, puedan únicamente reportar utilidad á la comunidad, y mucho menos á los de mero lujo, embellecimiento ó recreo. Lo extraordinario de la acción de resarcimiento, y el no poder libertarse de sus consecuencias sino mediante la renuncia á la cosa común, dan los términos realmente excepcionales de la facultad otorgada de modo individual al comunero para obligar á los demás á contribuir á gastos que no fueron convenidos ni ordenados por ellos, ni aun por la administración de la comunidad, que siempre representa de modo legítimo los intereses de todos los condueños.

Pero, aunque el presente artículo se refiere tan solo á los gastos de conservación, puede ocurrir que alguno de los condueños

los haga de utilidad para la cosa común, ó de embellecimiento ó puro lujo. ¿Qué se hará en tales casos? Nuestro Código civil lo tiene también resuelto: véanse los artículos 453, 454 y 455, en los cuales se determina cuándo y en qué forma han de abonarse los gastos útiles y los de puro lujo ó mero recreo al poseedor, según lo sea, de buena ó de mala fe, y lo que allí se dispone como regla general es aplicable al presente caso.

II

¿Puede cualquier comunero hacer por sí las obras de reparación ó conservación de la cosa común, sin dar conocimiento á los demás copropietarios?

La ley 26, tít. 32 de la Partida 3.ª, disponía: «que cuando estuviese mal parada la cosa común, cualquiera de los comuneros pudiera labrarla y repararla á sus espensas, haciéndolo saber primeramente á todos los otros, los cuales venían obligados por su parte á indemnizarle los gastos; que el reintegro debía tener efecto dentro de los cuatro meses siguientes al día en que fué acabada la obra cuyas expensas se les reclamaba; y finalmente, que si transcurrido ese plazo no se abonasen aquéllas, la parte que hubieran en la cosa objeto de las obras quedaba libre á favor de quien la reparó de lo suyo.» Mandaba también dicha ley, que si el comunero hubiere procedido de mala fé y no hecho saber á los otros la necesidad de las reparaciones, como si fuere suya la cosa, perdía los gastos, aprovechando las mejoras á los demás, puesto que el ánimo del comunero había sido el de usurpar lo ajeno.

Debemos, ante todo, consignar que esa ley de las Partidas se inspiraba en un precedente romano, y según los expositores de aquel derecho tenía su fundamento en la intención tácita de abandonar su parte quien se negaba á cumplir un deber tan justo como el de abonar las expensas hechas por un aparcero ó socio en pro de la conservación de lo que á todos era común. A tal propósito escribe Woet (pro-socio, § 13), que la pena de la pérdida de la

participación en la cosa común había caído, por excesivamente rigurosa, en completo desuso. Lo que pudiéramos, pues, llamar cláusula penal de la ley de Partidas, ó sea la pérdida de los derechos comunes en la cosa ó en el derecho en cuya conservación ó defensa se hicieron gastos, no reintegrados dentro del plazo en aquélla fijado, está absolutamente derogada por nuestro Código civil, como virtualmente antes de su publicación había sido abolida por la práctica constante. Pero la cuestión propuesta abraza otro importantísimo extremo, á saber: si el comunero que anticipa los gastos, deberá notificar á los demás la necesidad de la obra, ó de las gestiones conducentes si se trata de conservar un derecho. Nuestra respuesta á tal pregunta es negativa. El art. 395 otorga á todo copropietario de modo individual el derecho y las acciones consiguientes á su ejercicio á fin de compeler á los demás á los gastos de la conservación de la cosa ó del derecho, sin limitaciones ni cortapisas de ningún género, y sin ordenar tampoco se dé aviso previo á los otros comuneros de las obras; y por lo tanto, justificada dicha necesidad á los fines de la conservación de lo que es común, surge, sin otra excusa que la renuncia, el deber del reintegro, exigible en último extremo judicialmente. Entiende y muy acertadamente nuestro Código, que en el condominio, cada condómino conserva los derechos inherentes á la propiedad en general, y que la negligencia de los demás no puede nunca perjudicarle hasta el punto de que haya de someterse á sus acuerdos, y no evitar en tiempo, pudiendo hacerlo, la destrucción de la cosa ó la pérdida del derecho común; y como los gastos que aquél anticipa ceden en beneficio de los demás, cuando son justos, á la vez que la ley concede á cualquiera de los copropietarios la facultad de hacerlos por sí, reserva las acciones procedentes á fin de exigir su resarcimiento.

Y creemos, también, que si la cosa común estuviese en administración, no por eso desaparece la individualidad del derecho que cada copartícipe tiene, según el repetido art. 395. Oportunamente dice un tratadista, que lo más justo es respetar, como la ley respeta, el interés privativo de cada comunero en la conservación

de la cosa, y no exponerse á que la conveniencia de los menos resulte perjudicada por el abandono negligente de los más, contra el espíritu y aun la letra de nuestro Código civil, que de modo bien explícito determina la naturaleza jurídica del derecho y obligaciones de los copropietarios en la materia. Sería, por otra parte, altamente lesivo á las atribuciones privativas de cada condómino, como verdadero propietario que es en la cosa común, obligarle á declinar en el encargado de la administración de la comunidad su derecho personalísimo á disfrutar, y para tales fines hacer conservar debidamente la cosa ó derecho que amenazan pronta desaparición, si no se verifican los gastos indispensables á evitarlo. Conveniente será, á no dudarlo, que caso de ser necesarias obras de reparación ó actos de defensa del derecho, recaiga un acuerdo de la administración, y que los gastos corran desde luego por cuenta del encargado de aquélla; pero confrontando el texto de los artículos 395 y 398 de nuestro Código civil, se comprende que los acuerdos de la mayoría de los copartícipes son obligatorios únicamente en lo relativo á la *administración* y *mejor disfrute* de la cosa ó derecho comunal, no en lo que se refiere á la *conservación*, lo cual viene regido por los términos de singularidad que la ley otorga á la acción que todo comunero tiene para hacer por sí los gastos necesarios y obligar á los demás á que á ellos contribuyan en justa y debida proporción. Lo más práctico será en esta materia requerir siempre de modo previo á los otros copropietarios; pero si la obra fuese tan urgente, ó la defensa del derecho tan apremiante, que no permita dilaciones, el condueño que anticipe los gastos, adquirirá por ministerio expreso de la ley el derecho á ser reintegrado, sin que puedan los partícipes eludir tan inexcusable obligación.

III

Extensión del derecho de renuncia á la cosa común y sus efectos.

Determina la segunda parte del art. 395 del Código civil, que de la obligación de contribuir á los gastos de conservación, sólo

podrá eximirse el comunero que renuncie á la parte que le pertenece en el dominio, ó sea en la comunidad. Como el principio fundamental por el que ésta se rige es, según el art. 393, la proporcionalidad de todos los partícipes en orden á sus respectivas cuotas para el levantamiento de las cargas, dentro de cuyo concepto vienen incluídos los gastos de conservación de la cosa ó del derecho común, únicamente la renuncia á su parte de dominio hará posible que un condueño deje de contribuir á las expensas consiguientes para la conservación de lo que es objeto de la comunidad. Sabido es que en el condominio cada condómino conserva todas las facultades inherentes á la propiedad singular, y que asimismo el propietario es árbitro de desamparar ó abandonar aquello que le pertenece, porque entiende serle gravoso ó perjudicial á sus intereses. Pues éste y no otro es el derecho que la ley reconoce al comunero que quiera libertarse del deber impuesto por el vínculo de la comunidad, negándose á cooperar al sostenimiento de aquello que es de la propiedad común de él y de otras personas. Un propietario singular podrá dejar que su finca se arruine ó sus semovientes perezcan, ó sus derechos se pierdan por el abandono; pero si esa finca, esos semovientes ó esos derechos los posee en común con otros, la ley no habrá de permitir que aquél desconozca que los otros copropietarios no vienen obligados al desamparo de su dominio porque cualquiera de ellos se niegue á contribuir á la conservación de la cosa abandonada contra la voluntad de los demás condueños. La comunidad impone deberes que se enlazan con la recíproca mutualidad de los derechos, y deja de pertenecer á aquélla quien, al eximirse de las obligaciones, renuncia voluntariamente á los derechos que el condominio otorga á los condueños. Tal es la razón jurídica de lo preceptuado en el artículo que estamos estudiando, el cual, á la par que sanciona el derecho de cada copropietario á hacer que lo que le pertenece se conserve, á fin de utilizarse de la cosa y de sus productos, no desconoce la facultad que todo dueño posee para abandonar su propiedad y desampararla, armonizando tales derechos con los intereses colectivos de la comunidad.

Pero ocurre preguntar: la renuncia que un comunero haga,

¿ha de ser de todos sus derechos, ó sólo sobre parte ó cosa determinada de la comunidad? Estudiando esta cuestión en los textos de nuestro Código civil y de los extranjeros, lo absoluto de los términos no parece permitir duda alguna. Los códigos italiano y argentino (artículos 676 y 2685), entienden que la renuncia habrá de ser «abandonando el derecho de propiedad»; el portugués (artículo 2178), expresa que los copropietarios únicamente quedan á salvo de la obligación de contribuir á los gastos «renunciando á la parte de la cosa que pueda pertenecerles»; y nuestro Código dice de modo bien explícito que la indicada renuncia ha de ser *de la parte que al comunero pertenezca en el dominio*, esto es, de su cuota ideal y abstracta durante la indivisión en el todo de la comunidad.

No creemos, por lo expuesto, aceptable la opinión de algún comentarista italiano (Fornari, *Della com. di bieni*), según la cual, cuando la cosa que da motivo á los gastos formando parte de un todo ideal, constituya por sí una entidad separada que permita se la considere de modo independiente, el abandono debe entenderse sólo de la cosa ó del derecho, motivo de las expensas que el comunero no quiere satisfacer. A nuestro juicio, el condominio recae sobre la universalidad de los bienes y derechos, motivo de la comunión, y hasta el día en que ésta se extingue por la división, no es posible saber qué bienes ó qué derechos pertenecen á cada comunero en propiedad singular. De otra parte, la comunidad se rige de modo fundamental, según ya se ha indicado, por la proporcionalidad establecida en el art. 393, proporcionalidad que recae sobre el todo de aquello que forma la comunión, y para no adulterar dicho principio, y ser el art. 395 lógico y consecuente con el 393, no admite sino la renuncia *in totum* del condominio sobre el conjunto de los bienes y derechos comunales.

Téngase presente que la comunidad especial del muro medianero, de que habla el art. 575, se rige, en cuanto á los gastos de conservación impuestos en la ley á todos los dueños de fincas que tengan á su favor el derecho de medianería, por los principios del citado artículo, los cuales constituyen una verdadera excepción del presente art. 395 en lo relativo á la renuncia del comunero. Dicha

renuncia se halla prohibida en el caso en que la pared medianera sostenga un edificio del renunciante, pues entonces no puede éste dispensarse de contribuir á las expensas necesarias de conservación, ni aun renunciando á la comunidad.

Asimismo, cuando el derecho de servidumbre en general se convierte en un derecho común á varios copropietarios, podrá eximirse aquel que no quiera contribuir á los gastos necesarios para el uso y conservación de la servidumbre, renunciando ésta en favor de los demás (artículos 543 y 544). Oportunamente habremos de ampliar estas indicaciones, al estudiar la materia de servidumbres.

La renuncia de uno de los copropietarios es, sin duda alguna, un acto unilateral que no necesita la aceptación de todos los demás. El renunciante usa de un derecho personalísimo, pero como sus efectos alcanzan á los otros comuneros que vienen obligados á subvenir á los gastos que aquél elude, el acto debe ser solemne, incondicional y desde plazo cierto. No surtirá efectos la renuncia tácita, pues admitida la conveniencia de las expensas hechas para la conservación de la cosa ó del derecho, los tribunales obligarán á su reintegro al partícipe moroso, á menos que solemnemente renuncie su parte en el dominio. Como éste se transmite por la renuncia, y consiguientemente habrá de inscribirse tal modificación en el Registro de la propiedad, claro es que aquélla deberá constar en escritura pública, ejecutoria ó documento auténtico, conforme al art. 2.º de la vigente ley Hipotecaria. La parte del renunciante acrecerá proporcionalmente á los demás condueños, con la obligación de pagar los gastos en la misma proporción. En el supuesto de que la cesión se origine por renuncia de la herencia durante la comunidad en el caudal yacente, claro es que habrán de tenerse en cuenta las disposiciones especiales á dicha materia sobre aceptación condicional y repudiación de las herencias. Por último, es innecesario decir que, aun renunciada la parte de dominio en la comunidad, el comunero viene obligado por la ley especial del contrato á abonar aquellos gastos que convino con los demás efectuar en la cosa ó derecho común, y sólo quedará libre de los que hubieren motivado su renuncia.

ARTÍCULO 396

Cuando los diferentes pisos de una casa pertenezcan á distintos propietarios si los títulos de propiedad no establecen los términos en que deban contribuir á las obras necesarias y no existe pacto sobre ello, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Las paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común, estarán á cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso.

2.ª Cada propietario costeará el suelo de su piso. El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes á todos, se costearán á prorrata por todos los propietarios.

3.ª La escalera que desde el portal conduce al piso primero, se costeará á prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el primer piso conduce al segundo, se costeará por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero; y así sucesivamente.

Este artículo es realmente continuación de los principios establecidos en el anterior acerca de los derechos y de los deberes de los copropietarios en orden á la conservación de la cosa ó del derecho común. Diferénciase, sin embargo, en que mientras el artículo 395 fija como regla general que á los gastos habrán de contribuir los condueños proporcionalmente á sus respectivas cuotas de participación en la comunidad, el que ahora examinamos acepta distintos términos de contribución para el caso especialísimo de que la copropiedad consista en pertenecer á distintos dueños los diferentes pisos de una casa. Son, pues, las reglas establecidas en este artículo una excepción de la general consignada en el artículo precedente; pero en lo demás, ambos preceptos de nuestro Código civil vienen inspirados en el principio verdaderamente cardinal en materia de comunidad de bienes ó derechos, á saber: en la obliga-

ción ineludible de contribuir los comuneros al sostenimiento de la cosa ó derecho común, y en las atribuciones á aquellos otorgadas de compeler al copropietario á contribuir á los gastos y aun á subvenir á su reembolso cuando esto proceda, sin otra excusación que la renuncia á la parte correspondiente en el dominio.

Es, por lo que se ve, adecuado el orden de método que nuestro Código civil acepta para presentar esta materia, incluyéndola dentro de la comunidad de bienes. Al establecerlo así, se aparta de los precedentes del código francés (art. 664), del italiano (art. 562) y aun del de Portugal (art. 2335), que hablan del asunto en la institución de las servidumbres; pero al aprobar el apartamiento del Código español de todos los que le son similares, pudiéramos decir con Mr. Laurent (*Princ. del Derecho civil*, tomo 7.°), «que los copropietarios se sirven en todo aquello que es absolutamente necesario al uso del inmueble á título de verdadera copropiedad, y no en modo alguno por razón de servidumbre, la cual sólo puede tener realidad jurídica sobre cosa ajena, y nunca en cosa ó derechos que justamente nos pertenecen».

Excepción rarísima ofrece en lo que sirve de materia al artículo 396 de nuestro Código civil, lo dispuesto en el 2617 del de la Argentina, porque éste prohibe al propietario de edificios urbanos dividirlos horizontalmente, ni por contrato, ni por actos de última voluntad. Entienden sus comentaristas que la división horizontal crea necesariamente cuestiones entre los copropietarios, y siempre resulta que la propiedad del que ocupa el suelo no puede ser definida ni modificada en sus formas. Mas, sea de ello lo que quiera, es lo cierto que no ya los Códigos europeos, sino la casi totalidad de los de América, no mantienen tal prohibición, como puede verse consultando los de México (art. 1220), Veracruz (artículo 816) y Guatemala (art. 1265).

Ofrece de particular la comunidad á que se contrae el presente artículo de nuestro Código civil, que el inmueble en su totalidad pertenece *de modo singular* á diversos propietarios, y que aun habiendo por la división terminado la copropiedad, y cesado el condominio sobre una parte que fué abstracta é ideal durante el *pro-*

indiviso, continúan siendo comunes ciertas cosas indispensables al derecho de usar y disfrutar de la finca, como los tejados, escaleras, patios, etc., estado de comunidad especial que sólo habrá de terminar jurídicamente por la reincorporación del dominio del inmueble en un sólo y exclusivo propietario.

Es indiscutible que los diferentes propietarios de los diversos pisos de una casa no vienen obligados, respecto de lo que es común á todos ellos, á satisfacer los gastos de obras que no sean absolutamente necesarias para la conservación de la finca, y por tanto, ni las útiles, ni menos las de simple ornato, belleza y mayor comodidad, son á ellos exigibles, á no haber sido convenida préviamente su ejecución. Es aplicable al caso lo que sobre este punto hemos expuesto en el comentario anterior.

Para determinar nuestro Código civil las cuotas de proporcionalidad con que los varios dueños de la casa han de subvenir á los gastos de conservación de aquello que á todos es común, establece que se atienda á lo que resulte de los títulos de propiedad, ó á lo convenido por los interesados, y en defecto de tales antecedentes, á lo dispuesto, según los respectivos casos, en los números 1.º, 2.º y 3.º del presente artículo.

Los títulos respectivos de la propiedad de los pisos del inmueble pueden, en efecto, establecer la manera de abonar los gastos de las obras, en lo que se estima común para el uso y disfrute de la finca, y hasta reservar de modo exclusivo en favor de alguno de los propietarios lo que de otra suerte se reputaría poseído en comunidad, v. gr.: una fuente, la azotea, etc. A lo que en los títulos se consigne, habrá, pues, de acudirse en materia de abono de obras en un inmueble cuyos pisos pertenecen por modo singular á distintos dueños, cuando los gastos indispensables á la conservación de lo común han de ser prorrateados entre aquéllos.

Si nada expresan los títulos, ó la cuestión no puede ser resuelta por lo que de ellos aparezca, habrá de estarse á lo convenido entre los interesados; pues sabido es que la voluntad de las partes, libremente expresada en una convención, es, y debe tenerse, como verdadera fuente de obligaciones entre los estipulantes.

Unicamente, por tanto, cuando ni los títulos de propiedad de los respectivos dueños de los pisos, ni estipulaciones previas entre éstos determinen cómo y en qué porción habrá de contribuirse á los gastos de las obras necesarias, tendrán efectividad las reglas establecidas en el presente artículo; reglas tan explícitas que realmente excusan toda aclaración.

En ellas se establece la proporcionalidad entre todos los propietarios, tomando como términos de la proporción el valor de cada piso y el coste de las obras unas veces, la prorrata entre todos los dueños, sea cual fuere el valor de su respectivo piso, otras, y finalmente, la obligación privativa á cada dueño de satisfacer los dichos gastos en alguno de los casos.

Tiene lugar la proporcionalidad de los gastos en relación con el valor del piso cuando se trate de las reparaciones, ó construcción, por ser ésta necesaria, de las paredes maestras y medianeras, tejados, y demás cosas de uso común, como algibes, fuentes de vecindad, pozos, lavaderos, etc. El principio es esencialmente justo, y se deriva del establecido en el art. 393. Quien es dueño de uno ó varios pisos de la casa, tiene sobre la comunidad especial de medianería y demás cosas puestas al servicio de la finca, una cuota mayor ó menor que los otros propietarios del inmueble, según el valor de dichos pisos; y el beneficio que con las obras reporta, está además en relación con el capital que su propiedad privativa representa; luego la base de la cuota con que debe contribuir, no puede ser otra que la proporcional á lo que su piso valga, si valiese más ó menos que los de los demás. Parécenos indiscutible que la estimación deberá fijarse por el precio consignado en los títulos de propiedad, y á falta de ese dato, ó por la no conformidad de los demás interesados, habrá de acudirse á la regulación pericial.

El prorrateo ó igualdad de cuotas para subvenir los gastos, tendrá efecto en las obras para la reparación del pavimento del portal, puerta de entrada, patios y obras de policía comunes á todos. La ley parte del supuesto de que el uso de todas esas cosas comunes reporta iguales ventajas á todos los propietarios, y entiende que

por tal razón deben gravarles de modo igual también los gastos de las obras que para su conservación se verifiquen. En cuanto á las obras de policía, como limpieza de alcantarillas y excusados, revoque de fachadas, etc., militan los mismos motivos que justifican la absoluta igualdad. Mas si como medida de policía urbana hubiese que reparar ó reconstruir el edificio, claro es que tendría aplicación la proporcionalidad establecida en el núm. 1.° del art. 396 por lo que hace á las obras que en ese caso se practicasen sobre las paredes maestras, medianerías, tejados, cimientos y demás cosas absolutamente comunes.

Por último, será privativo de cada propietario el coste del suelo de su piso. Verdad es que el techo del piso inferior y el suelo del superior constituyen una cosa común que divide á dos propiedades distintas; pero aparte de la necesaria limitación á los derechos dominicales que tal medianería impone, como el dueño del piso reporta exclusivamente las ventajas del suelo, que se halla contenido, además, en los límites de lo que singularmente le pertenece, á él deben, y no á los otros propietarios, serle imputables los gastos de conservación y reparación del pavimento de su piso. Y si por incuria ó mala fe del dueño del piso inmediatamente superior amenazase ruina el techo del propietario del inferíor, no puede dudarse de la procedencia de las acciones otorgadas en tales casos contra aquél; pues repetimos que los derechos inherentes á la propiedad vienen limitados por los de los demás propietarios en la totalidad del inmueble, á quienes puede causarse por culpa del negligente un perjuicio cierto y efectivo.

En cuanto á las *obras de la escalera*, el código civil francés, el belga y el portugués establecen que el propietario de cada piso costeará el tramo de escalera que á éste corresponda; de suerte que la escalera que conduce desde la planta baja al primer piso, es de cuenta del dueño de éste; el trozo que media entre el primero y segundo piso corresponde al propietario del segundo, y así sucesivamente. El código de Italia fija una regla absolutamente distinta, pues estableciendo la comunidad de la escalera entre todos los propietarios de la finca, dispone que habrá aquélla de ser construída y

conservada entre los dueños de los diversos pisos á que sirve, en razón al valor de cada piso (art. 562).

Nuestro Código, y como él la casi totalidad de los de América, admiten como principio equitativo de contribución para la construcción y sostenimiento de la escalera el uso atribuído en ella á los diversos propietarios de la casa. El dueño del piso bajo no se sirve de la escalera y nada debe abonar: el que lo es del piso primero, costeará la escalera que arranca desde el portal á su habitación; pero como los de los pisos superiores al suyo usan de ese tramo, vienen obligados con aquél, no de modo proporcional, sino por cuotas iguales al coste de las obras. Por la misma razón y en igual forma de prorrateo, á las obras del tramo de escalera del piso segundo han de contribuir el dueño de este piso y los de los superiores, pero no los del piso bajo y del primero, que no se sirven de ella; y así sucesivamente, de suerte que las obras del tramo correspondiente al último piso serán de cuenta exclusiva del dueño del mismo, á contar de la plataforma ó meseta del piso inmediatamente inferior. Lo mismo habrá de entenderse respecto de las escaleras que para el servicio interior existen en algunas casas, además de la principal, á no ser que por ser de uso común para todos los vecinos de la casa, deban regirse por la regla 1.ª del presente artículo.

ARTÍCULO 397

Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos.

I

Prohibición de hacer alteraciones en la cosa común.

Lo que aquí se preceptúa es una consecuencia natural y lógica de la naturaleza y ejercicio del derecho de propiedad en las cosas pertenecientes por título de condominio á dos ó más personas. El propietario singular puede alterar y modificar aquello que le pertenece; pero el que lo es por razón de comunidad con otros, privaría

á éstos de sus atribuciones dominicales y se abrrogaría facultades encomendadas á todos los demás copropietarios, alterando por sí la sustancia y el destino de lo que es de naturaleza común, al serle lícito hacer innovaciones en la cosa, contra la voluntad de los comuneros, siquiera á éstos pudiera resultar con ello alguna ventaja. El derecho de propiedad no desaparece ni se desfigura en el condominio: lo que en la copropiedad ocurre es, que aquel derecho se transforma y condiciona, porque el interés individual se somete necesariamente al interés colectivo; así es que, desde el momento en que un individuo cualquiera de la comunidad dispusiese á su voluntad de la cosa ó derecho común, cometería un verdadero despojo desconociendo las atribuciones dominicales de los demás copropietarios, todo en perjuicio de la esencia jurídica del condominio.

No se trata, pues, de obras, necesarias ó no, ejecutadas por un condómino, materia tratada en el art. 395, ni de actos de mera administración que habrán de ser estudiados en su oportunidad, sino de hechos realmente dominicales atentatorios á la naturaleza y destinación de la cosa común, y lesivos, en su consecuencia, al derecho de los otros comuneros, resulten aquellos ó no en beneficio de los intereses comunales.

El derecho romano (Dig. L. 10, tít. 3.º, ley 28, com. div.), ya consignaba la conocida sentencia de Sabino: *en la cosa común, ninguno de los condueños puede tener derecho á hacer aquello que venga á alterarla*, estableciendo de modo incuestionable, que contra la voluntad, expresa ó tácita, de cualquiera de los comuneros, nada pudiera ejecutar uno de ellos, aun tratándose de edificar sobre el suelo común, porque al hacerlo alteraba sustancialmente el estado de la cosa, la cual pertenecía proindiviso á varios copropietarios.

Las leyes de Partida (ley 26, tít. 32, Partida 3.ª), cuidaron también de establecer, «que cuando un condómino hubiese hecho á mala fe obras nuevas en su nombre, y como si la cosa común fuese suya toda, perdiese los gastos y quedase en provecho de la comunidad lo que de nuevo hubiese sido labrado».

Inspirándose en tales antecedentes el artículo de nuestro Có-

digo civil que vamos á examinar, establece de manera esencialmente prohibitiva que el condueño pueda hacer alteraciones en la cosa común, á no mediar el consentimiento de los demás, sin que excusen tal prohibición las ventajas que de ello pudieran reportar los otros comuneros. Este precepto, igual al contenido en el artículo 677 del código italiano, y más explícito y terminante que el consignado en el 2681 del argentino, que sólo habla de *innovaciones materiales,* requiere resolver algunas dudas que sobre su acertada inteligencia pueden ofrecerse.

Alterar significa cambiar el estado que anteriormente venía teniendo la cosa común, y consiguientemente distraerla del fin á que por su propia naturaleza y según la voluntad de los comuneros, estaba aquélla destinada. El fundo que sirve para el cultivo de cereales y se convierte en viñedo; la nave que estaba dedicada al transporte y se transforma en depósito temporal de mercancías, sufren una alteración en su primitivo estado y se desvían del fin á que la comunidad consagraba tales cosas. Puede, asimismo, modificarse sustancialmente lo que es común dentro de la copropiedad especial, señalada en el art. 396, convirtiendo en particular una escalera ó un patio común, con perjuicio de los restantes copropietarios, según puede verse consultando la sentencia del Tribunal Supremo, publicada en 17 de Diciembre de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Enero de 1892.

Parécenos, por lo expuesto, muy acertada la definición que el jurisconsulto Fornari (*Della com. dei beni*, § 89), da de la frase *alteración* «como el acto por virtud del cual un condómino, oponiéndose al pacto comunal, si le hubiere, ó, en su defecto, á la convención tácita de todos los comuneros, y contrariando su voluntad, cambia la cosa de aquel estado en que los otros creen debe permanecer, ó la distrae del uso á que éstos quieren sea destinada».

Ahora bien, no vienen regidos por los preceptos del artículo que estudiamos aquellas modificaciones que un condómino realice en la cosa común sin llegar á alterar su estado, ni las gestiones de simple administración que no integren desconocimiento de los derechos dominicales, reconocidos por la ley á todos los condueños.

De modo que si el comunero verifica obras que no transformen el natural destino de la cosa, el art. 395 determinará las responsabilidades procedentes, en cuanto á los gastos hechos y su reintegro, así como la necesidad ó no necesidad de tales obras. Y si el copropietario se excedió en la administración, arrendando la cosa común ó ejecutando otro acto administrativo, con perjuicio de los demás comuneros, la cuestión que surja se resolverá según el acuerdo de la mayoría, ó lo que el juez determine á instancia de los perjudicados (art. 398). Puede, en conclusión, sostenerse que las responsabilidades, materia del artículo que examinamos, quedan circunscritas á los casos en que el condueño, como si fuese un propietario por título singular, ejerza sobre lo que es de la comunidad, actos materiales ó jurídicos que importen el ejercicio actual ó inmediato del derecho de propiedad, en oposición á la voluntad y al derecho individual de condominio, desnaturalizando con ello el destino y servicio de la cosa indivisa; *faciendo alguna cosa de nuevo en su nombre, así como si fuese toda suya,* según la locución adecuada de las Partidas.

II

Necesidad del consentimiento de los condueños.

Es terminante el precepto de nuestro Código civil, respecto á que sin que conste justificada la voluntad *unánime* de los copropietarios, no es lícito á ninguno de ellos hacer alteraciones, sean éstas ventajosas ó no para los intereses colectivos de la comunidad, y ya se comprenderá por lo que vamos diciendo, que creemos excusado el estudio de la cuestión presentada por algún tratadista acerca de si bastará á legitimar lo hecho por un condueño la sanción acordada por la *mayoría* de los demás comuneros sobre las obras que aquél hubiese realizado.

Del sentido literal del texto mismo del art. 397 se desprende que todos han de concurrir á prestar su consentimiento, no bastando la voluntad conforme de la mayoría, ya porque ésta sólo puede adoptar acuerdos en asuntos de mera administración y disfrute de

la cosa, ya porque lo contrario sería atentatorio al privativo ejercicio del derecho de propiedad atribuído de manera individual, aunque en relación y subordinado al interés general de toda la comunidad, á cada uno de los comuneros. Discretamente escribe un tratadista, que en este asunto, á la facultad *de hacer* ejercida por unos, se opone la de *impedir que se haga*, otorgada á los otros, siendo tan justas y atendibles la una como la otra, debiendo la ley en ese contraste de opuestas voluntades respetar la naturaleza de la cosa común fijada por un consentimiento expreso ó tácito, y no someter los intereses de la comunidad al capricho de uno ó varios condueños, sino, por el contrario, requerir la expresión unánime de todos ellos en el asunto.

El Código civil no establece cómo ha de constar el consentimiento, ni cuáles sean los efectos jurídicos de su falta para estimar la extensión de las responsabilidades civiles imputables al condueño que ejecutó las modificaciones en la cosa común. A la verdad, no era necesaria tal proligidad, porque en cuanto á la concurrencia ó no del consentimiento, como una cuestión simplemente de hecho, las pruebas que para su demostración se aduzcan, rectamente apreciadas en su caso por los tribunales, fijarán la acertada interpretación del artículo que analizamos. Y en lo que hace á responsabilidades, éstas vienen reguladas por los principios fundamentales del derecho, á saber: la reposición, si fuere posible, de la cosa á su primitivo estado, á costa de quien en ella hizo alteraciones; la pérdida de los gastos hechos y la indemnización de perjuicios á la comunidad, si los hubiere. Ampliaremos este punto al final del presente comentario.

El derecho romano, reconociendo como esencial un principio formulado por el jurisconsulto Sabino, de que «en igualdad de derecho es mejor la causa del que prohibe» *(In re pari potior est causa prohibentis)* estableció diversas reglas sobre el alcance del consentimiento (Dig., lib. 10, tít. 3.º, ley 28, Com. div.), distinguiendo en otro lugar (ley 14, Com. divid.) el caso en que quien hubiese hecho las obras se reputase de buena fe dueño á título singular, y no común, de la cosa.

Los expositores antiguos de nuestro derecho, interpretando la ey 26, tít. 32, Partida 3.ª, y relacionándola con los precedentes romanos, fueron sobrado minuciosos en esto del consentimiento, cuyas modalidades encerraron en aquellos cuatro conceptos tan conocidos, á saber: *consensus, patientia, ignorantia, prohibitio*. Pero, á nuestro entender, tal clasificación no tiene positiva importancia. La simple tolerancia (*patientia*) es un hecho del cual se deriva una de tantas presunciones de consentimiento en quien la presta; presunción fundada en el supuesto de que quien pudiendo prohibir no prohibe, consiente tácitamente. De modo que viene comprendida la tolerancia en el mismo *consensus,* del cual no es sino una de las maneras de ser aquél prestado. La *ignorancia* es, á su vez, un hecho negativo de haber la persona que la alega consentido, porque si no tuvo noticia de las obras realizadas en la cosa común, es evidente que no pudo convenir en que aquéllas se llevasen á efecto. La *prohibición* demuestra, finalmente, que, lejos de consentir, se ha opuesto el condueño de modo abierto á lo hecho, siendo, por tanto, la negación indiscutible del consentimiento. Mas como nuestro Código civil no exige que el comunero *prohiba* las alteraciones en la cosa común, sino que la validez jurídica de tales alteraciones se subordina á la condición de haber en ellas consentido expresa ó tácitamente todos los otros condóminos, carece de objeto estudiar lo relativo á la prohibición como una de las formas negativas del consentimiento. Este no se presume nunca en la materia del presente artículo, y quien afirme que ha concurido, está obligado á probarlo, sin cuya prueba la responsabilidad recaerá sobre el comunero que alteró la naturaleza y el destino de aquello que á todos era común.

III

Forma del consentimiento de los condueños y efectos de su omisión.

El texto del artículo objeto de este comentario se ha inspirado muy acertadamente en nuestros antiguos precedentes legales. No

parece que obra de buena fe el comunero que, como si fuese propietario de la cosa á título singular, realiza obras que alteran lo que á todos pertenece en virtud de la comunidad. Justa sanción de su conducta es la pérdida de los gastos, la obligación de demoler las obras hechas, y la reversión á la comunidad de aquello que la fuere ventajoso. Pero, ¿será necesario que el condueño dé aviso previo á sus compañeros, no suponiéndose de lo contrario prestado el consentimiento? Entendemos que no. El Código civil no lo manda, porque la sanción de los actos ejecutados por uno de los comuneros no se hace depender exclusivamente de que de modo previo avisase á aquellos quien realizó las obras, sino de que todos los copropietarios consientan lo hecho. Así es que no ya el consentimiento expreso, sino el tácito, debidamente probado, es suficiente en el asunto.

Ello no obstante, las responsabilidades del comunero, en cuanto á sus actos, no serán siempre las mismas en orden á los intereses de la comunidad. Si los otros condóminos eran sabedores de las obras, las cuales se ejecutaban á su vista, no podrán reclamar la demolición de lo hecho, si oportunamente no utilizaron las acciones ordinarias ó extraordinarias encaminadas á este fin. Verdad es que no se podrá decir que existe un consentimiento expreso; pero, como decían los romanos, *is qui potest prohibere et non prohibet, tacite consentire videtur*, «quien pudiendo prohibir no prohibe, consiente tácitamente.» En virtud de ese tácito consentimiento, el condueño que hizo las obras carecerá de acción para reclamar los gastos, porque éstos no fueron ni pudieron ser materia del consentimiento presunto, ni los otros copropietarios tendrán derecho á la demolición de las obras que pudiendo impedir no impidieron, pero si hubiese sufrido daño la comunidad, de él podrá ésta resarcirse utilizando la acción correspondiente, y en su caso la de división de lo común contra el comunero que llevó á cabo las alteraciones. Esta teoría, que era la teoría romana (ley 28, tomo 10, lib. 3.°, Dig.), se funda en lo siguiente:

1.° Que el consentimiento tácito puede y debe presumirse en cuanto á la ejecución de las obras, las cuales, pudiendo impedirse,

no se impidieron: 2.°, que ese consentimiento tácito no recae sobre los gastos de las obras, pues éstos los hizo el comunero en la manera y forma que creyó oportunas, sin consultar la voluntad de los demás, la cual podía haber sido contraria á su cuantía y al modo más ó menos económico de sufragarlos; y 3.°, que si por actos imputables jurídicamente al comunero que por sí verificó las modificaciones en la cosa común, se perjudicó á la comunidad, es justo que venga civilmente obligado al resarcimiento de los daños.

Pero si el consentimiento expreso no existió, ni el tácito puede demostrarse, la responsabilidad del condueño por las obras ejecutadas comprenderá los extremos antes indicados. Aparte de la tradición de nuestro derecho, que lo establecía terminantemente, se deduce del texto mismo del art. 397 que estamos examinando. Al prohibirse de modo terminante que ninguno de los condueños pueda sin el debido consentimiento hacer alteraciones en la cosa común, *aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos* claramente da á entender dicho artículo, y lo contrario sería opuesto á la naturaleza de la comunidad de bienes, que en caso alguno quien obra faltando á la ley, pueda invocar la propiedad singular de las mejoras hechas en lo que á todos es común.

Sin embargo, cuando el mismo Código determine la responsabilidad del acto ejecutado por el condueño, á su disposición será preciso atenerse para imponerla. Los arts. 361 al 364 se refieren al caso en que se edifica, siembra ó planta en terreno ajeno, determinando la responsabilidad en que por este hecho se incurre y los derechos del dueño del terreno, según haya mediado buena ó mala fe de una y de otra parte; y en los arts. 453, 454 y 455, se determinan los casos en que el poseedor tiene, ó no, derecho á que se le abonen los gastos hechos en la finca, según sean necesarios, útiles ó de lujo ó recreo, y haya procedido con buena ó con mala fe. Pues bien; cuando las alteraciones que el condueño haga en la finca común consistan en alguno de los hechos á que se refieren los artículos citados, claro es que por ellos habrá de resolverse la cuestión, aunque dejando sin efecto la alteración en todo

caso, y reponiendo las cosas á su anterior estado, siempre que lo soliciten los otros condueños.

ARTÍCULO 398

Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes.

No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad.

Si no resultare mayoría, ó el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial á los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, á instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un Administrador.

Cuando parte de la cosa perteneciera privadamente á un partícipe ó á algunos de ellos, y otra fuere común, sólo á ésta será aplicable la disposición anterior.

I

Principios generales sobre la administración de las cosas comunes.

Apartándose con plausible discreción el Código civil de dictar de modo taxativo reglas que sólo la buena fe y la consiguiente armonía de los condueños pueden establecer para cada caso particular, determina como principios generales en orden al mejor disfrute de la cosa común y su acertada administración: 1.°, que la expresión de la voluntad de la mayoría de los partícipes acerca de la manera de ser administrados los bienes proindiviso, y sobre su disfrute por la comunidad, constituye un verdadero acuerdo con fuerza obligatoria y consiguientemente ejecutivo para todos los comuneros; 2.°, que existe la mayoría que la ley exige, no en relación numérica de partícipes que hubieren emitido su voto en el acuerdo recaído, sino únicamente cuando toman el acuerdo ó resolución los condueños que representan *la mayor cantidad de participación*

en los intereses comunales; y 3.°, que en el supuesto de ser una parte de la cosa de propiedad privativa de uno ó varios dueños y otra común á algunos de ellos, únicamente en la parte que sea común rigen las disposiciones del presente artículo. Es tan clara la exposición de estos principios, que huelga realmente toda clase de explicaciones.

La justicia de que la mayoría de votos de los partícipes, computada, no por el número, sino por la importancia de los intereses que representan en la comunidad, constituya acuerdo, es evidente; toda vez que ante el diverso criterio con que la razón humana contribuye á la formación de sus juicios, y los motivos contrapuestos en los cuales pueden acaso inspirarse los condóminos al adoptar sus resoluciones, la ley tiene forzosamente que admitir en principio y en consideración á la naturaleza misma de la copropiedad, la subordinación de los que tienen menos participación en la cosa común á la voluntad de los más interesados en ella, de suerte que ha de estarse á la mayoría del capital, y no á la del número de votantes.

Dícese, combatiendo la doctrina aceptada por nuestro Código civil, que la ley de la mayoría es arbitraria y opuesta al principio esencial del derecho de propiedad, y aun al carácter jurídico de la comunión misma. Esta doctrina expuesta, entre otros, por el ilustre tratadista del derecho civil francés Mr. Huc *(Le Code civil italien et le Code Napoléon*, vol. 2.°. p. 145), no tiene, á la verdad, sólido fundamento. La materia del presente artículo no hace relación en modo alguno á los derechos esenciales que á cada copropietario corresponden por razón del condominio (Res. de la Dirección de los Registros de 28 de Diciembre de 1892), los cuales son respetados en toda su integridad, sino que trata de reglamentar aquello que la comunidad acuerde, tanto sobre el mejor disfrute de la cosa y su destinación más acertada, como en lo relativo al más útil rendimiento de sus productos, ó sea á lo que jurídicamente se denominan actos de simple administración. Y claro es, el ejercicio precisamente del condominio hace indispensable someter al bien general de la comunidad los intereses privativos de cada uno de los

respectivos partícipes. Porque de no aceptar, como regla ineludible que determine la validez y eficacia de los acuerdos de la comunidad, el voto de los que en ella tengan mayor participación, habría que optar por una de estas dos soluciones, á saber: la disolución en absoluto de la comunidad, á veces imposible, bien por no autorizarlo la existencia de pacto prohibitivo en contrario, conforme dispone el art. 400, ó bien por impedirlo la prescripción del 401; ó declarar impracticable la administración y goce de los bienes comunales en el caso frecuente de no resultar unanimidad de pareceres en los acuerdos que por los comuneros se adoptasen.

Tampoco creemos admisible en la materia de acuerdos de la comunidad la distinción acertadamente rechazada por la jurisprudencia francesa (Dallós 41, t. 1, pág. 173), y no reconocida tampoco en nuestro Código, entre actos necesarios y urgentes y actos ordinarios, puesto que para unos y otros es bastante la mayoría de sufragios de los partícipes, sin exigir, como pretenden algunos tratadistas, la mayoría en los acuerdos de carácter ordinario, necesitándose la unanimidad en todos los demás. Esta unanimidad sólo la determina nuestro Código en el caso previsto en el art. 397, que en manera alguna se refiere á hechos de administración, cuidando, no obstante, en el presente de garantizar los derechos del menor número contra los acuerdos opuestos á los intereses de la colectividad.

¿Y en qué forma se entiende constituída la mayoría que dé por resultado la efectividad del acuerdo? Dos sistemas diferentes podían adoptarse en este particular: uno el de la igualdad absoluta de participación en la comunidad, ó sea tomando por base para el cómputo de votos el número de participantes en la cosa común; otro, el de la igualdad proporcional de cuotas de participación, de modo que el número de sufragios venga representado por la proporcionalidad de intereses en la comunión. En el primer sistema, cada condueño posee un solo voto igual al de todos los demás; en el segundo, un comunero puede tener tantos cuantas sean las partes proporcionales de su cuota en la totalidad de la cosa ó derecho común. Y este segundo sistema es el aceptado por nuestro Código

civil, teniendo en cuenta con indiscutible acierto, que la mayor entidad en la participación de la cosa ó derecho comunal, induce lógicamente á presumir mayor interés en la más adecuada administración y acertado disfrute de lo que á todos es común, reconociendo con justicia la ley, por otra parte, una preferencia de derechos en quien más posee sobre quien posee menos. Y si buscásemos precedentes de ese sistema aceptado por nuestro Código, no ya estudiando los textos de los códigos extranjeros que le acogen como el más acertado, y sobre todo el más justo, sino consultando nuestras mismas leyes positivas, veríamos que la de Enjuiciamiento civil (art. 1139) y el Código de Comercio (art. 901), no aceptan de modo absoluto la igualdad numérica de acreedores sobre la totalidad de la masa de créditos, materia del concurso ó de la quiebra, sino subordinándola á la proporcionalidad en los intereses. Por lo demás, es inútil consignar que la mayoría se constituye por los votos de los partícipes que ostenten un derecho cierto y efectivo sobre la cosa ó derecho objeto de la comunidad; de modo que el usufructuario del inmueble disfrutado en común, el usuario, el poseedor de servidumbres, etc., comparten con el verdadero condueño las atribuciones consignadas en el presente artículo, porque la comunidad sobre el derecho radicante en la cosa es evidente en esos casos, según el texto del art. 392, y por lo que hace al usufructo y servidumbres, es terminante lo prevenido en los arts. 490 y 597.

Por último, parécenos un exceso de sutileza la observación de algún ilustrado tratadista que, al analizar el texto del párrafo final del artículo objeto de este comentario, entiende que pudiera creerse que el concepto *disposición anterior* allí consignado, se refería tan sólo al caso de no resultar mayoría en las deliberaciones de la junta de administración, ó al en que sus acuerdos resultaren lesivos á la comunidad. A nuestro juicio, sin embargo, está bastante claro lo que el Código ha querido decir y dice en el asunto. Dentro de la la cosa que privadamente nos pertenezca puede haber, ya una parte de ella, ó ya un derecho que la afecte, poseídos, no obstante, de modo comunal. Pues bien; los principios generales que acaban de ser expuestos relativos á la administración y goce de los bienes ó

derechos indivisos, jamás pueden extenderse á aquello que está absolutamente fuera de la comunidad. Esto es lo que ha querido decir y explícitamente consigna el apartado último del artículo motivo del comentario, limitando, en su consecuencia, las restricciones en aquél establecidas á lo que es común á todos los partícipes, sin hacerlas en modo alguno extensivas á lo que privativamente corresponda á los condueños, siquiera esté contenido su dominio dentro de la cosa que en parte sea materia de la copropiedad.

II

Casos en que podrá ser reclamado el acuerdo de la mayoría.

Constituye una verdadera excepción de los principios generales que acerca de la administración y mejor disfrute de los bienes ó derechos comunes se han expuesto, la doctrina que ahora habremos de consignar. En efecto, la regla de que el acuerdo de la mayoría de los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses comunales, constituye acuerdo obligatorio para todos los comuneros, no es aplicable en los siguientes casos:

1.° Cuando no resulte tomado el acuerdo por la mayoría que exije la ley, esto es, por los partícipes que representen, no el mayor número de votos, sino la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad.

2.° Cuando el acuerdo recaído fuese *gravemente* perjudicial á los interesados en la cosa común; lo cual quiere decir que si lo resuelto por la mayoría de cantidad no fuese de *notorio y grave perjuicio* al derecho que cada partícipe, ó simplemente interesado, tenga en la comunidad, regirá el principio general establecido en el párrafo primero del presente artículo. En ambos casos, ó sea tanto cuando en la votación de los pa:tícipes no resulte la mayoría que forma el acuerdo, como cuando alguno de los interesados entendiere lo resuelto lesivo á sus derechos en la comunidad, la ley, que reconoce la comunión de bienes como una verdadera institución jurídica, habría de acudir con objeto de amparar los derechos por ella creados.

Nuestro Código no podía aceptar en modo alguno las doctrinas de varios tratadistas franceses que entienden (véase Huc, obra citada anteriormente), que cuando se acuda al juez para que remedie la discordia entre los comuneros, ó evite las consecuencias de un acuerdo gravoso, sólo deberá ser lícito á aquél decretar la disolución de la comunidad, sin que tenga necesidad de otros pronunciamientos. En esto la ley española, ni aun ha llegado á autorizar, como lo permite el Código civil de Italia (art. 681), que la comunidad sea disuelta por el juez, cuando circunstancias graves y urgentes lo aconsejen. Por el contrario, dentro de una amplitud discrecional muy plausible, ordena que al no resultar mayoría en los acuerdos de la comunidad, ó cuando éstos fuesen gravemente lesivos, no sólo á los partícipes, sino á los interesados en la cosa común, el juez del partido, dentro de la competencia que le otorga el caso 3.° del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, y habida consideración á la naturaleza particular de la reclamación producida, provea á solicitud de parte, y nunca de oficio, lo que corresponda, facultándole hasta para nombrar por sí un administrador judicial, después de apurados todos los procedimientos de concordia que el caso requiera.

La autoridad judicial, por tanto, en el caso de reclamarse como perjudicial el acuerdo de la mayoría, (pues cuando ésta no exista, su misión es bien sencilla), deberá resolver una cuestión de hecho, cuyos términos están encerrados en estos tres puntos: 1.°, que el acuerdo sea ó no *gravemente perjudicial*; gravedad que queda, en cuanto á su apreciación, á la prudente discreción de los Tribunales; 2.°, que ese grave perjuicio se haya causado á quien tuviere un interés en la comunidad; esto es, no inferido simplemente en intereses de otro orden ó privativos de los partícipes sin relación directa con el fin de la comunidad en general; y 3.°, que se solicite en forma, puesto que únicamente á instancia de parte es posible la mediación de la autoridad judicial.

No es fácil fijar de modo taxativo cuáles sean esos graves motivos que permitan reclamar á la minoría de los partícipes ó á cualquiera de los interesados contra el acuerdo solemne recaído me-

diante el voto de los más interesados; pero por vía de ejemplo enumeramos los siguientes:

1.° Cuando se acuerda la innovación, ó alteración sustancial de la cosa común, ó del uso á que bien por pacto ó por la naturaleza de aquella venía destinada.

2.° Cuando la resolución traspasa los límites de la simple administración, ó invade las facultades dominicales de los copropietarios, ó atenta á sus derechos posesorios; infringiendo lo mandado en el art. 397 del presente Código.

3.° Cuando la mayoría autoriza arrendamientos, préstamos ú otra clase de contratos, sin las necesarias garantías, exponiendo la cosa á graves peligros en perjuicio de los intereses comunes de todos los demás.

4.° Cuando la mayoría no accede á relevar el administrador que malversa los frutos ó productos de los bienes, ó no procede en su cometido con aquella diligencia de todo buen mandatario, ó aquel no reune, finalmente, las precisas condiciones de moralidad, aptitud y solvencia que deben serle exigidas para el desempeño del cargo.

III

Forma en que habrán de ser reclamados ante la autoridad judicial los acuerdos sobre la administración de la cosa común.

El Código civil, tanto en el caso de no constituir mayoría las resoluciones de la comunidad en orden al mejor disfrute y administración de los bienes comunes, como en el de ser lo resuelto gravemente perjudicial á los interesados en la comunidad, limítase á establecer el derecho de éstos para acudir al juez, sin fijar, por lo demás, el procedimiento adecuado á tales reclamaciones, ni consignar tampoco otro principio que el de que aquél resolverá lo que corresponda, si bien expresamente le faculta para nombrar por sí un administrador judicial.

Este justificado y necesario laconismo de la ley ha sido censurado por algunos tratadistas, que entienden que con ello se habrán

de originar multitud de cuestiones en la práctica, ocasionando á la vez dudas y perplejidades en el ánimo de los tribunales cuando ante ellos se produzcan tales reclamaciones.

Mas, aparte de que el Código civil, como ley sustantiva, no podía descender á consignar la ritualidad procesal, lo mismo en este particular que en otros no menos interesantes en materia de comunidad de bienes, lo cual podrá muy bien ser motivo de futuras reformas en la ley de Enjuiciamiento civil, parece incuestionable que admitida la complejidad y naturaleza diversa de las cuestiones que en la administración y disfrute de la cosa común se susciten, no era posible proceder más acertado en la ley que el de sentar un principio que abarcase todos los casos que en la práctica pudieran ocurrir. Porque, en efecto, si la mayoría acordase, por ejemplo, utilizarse en su exclusivo beneficio de una parte de los bienes, arrendando el inmueble á fin de dedicarle á la explotación de una industria, estipulando, con exclusión de algún partícipe, la renta, claro es que los perjudicados vendrían ante el juez utilizando la acción reivindicatoria ó la de *communi dividundo* en el oportuno juicio declarativo, según acertadamente tiene establecido el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de Junio de 1892. Y si en esos acuerdos de la mayoría se perturbaba, no ya el condominio, sino la simple posesión legítima de los demás condueños, no serían tan solo esas acciones las utilizables, sino también las extraordinarias de los interdictos; por todo lo cual, sólo estudiando para cada caso particular el ritualismo adecuado conforme á los preceptos de las leyes sustantivas y de las de procedimiento, puede llegarse á proponer una solución satisfactoria.

De ahí que no nos mostremos conformes con la respetable opinión de dichos comentaristas, ni por idénticas razones con las de aquellos que entienden no ser utilizable jamás en el asunto la vía de la jurisdicción voluntaria, debiendo las cuestiones que sobre administración y disfrute de la cosa común se susciten, ser resueltas por los trámites de los incidentes. Mas, á nuestro juicio, se hace indispensable acudir en esta materia al principio cardinal del art. 481 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que no pu-

diendo de modo categórico señalarse, ni señalándola tampoco el Código, una tramitación especial para dirimir la contienda que pueda suscitarse entre los comuneros, hay que convenir como regla general en la procedencia del juicio ordinario declarativo que corresponda; principio cuyas excepciones habrán naturalmente de surgir de la especialidad de la reclamación en cada caso.

Estudiando, sin embargo, el espíritu que informa el precepto de someter á la autoridad judicial la resolución de las discordias que puedan surgir en toda comunidad, mandato claramente inspirado en el deseo de buscar en la mediación del juez una fórmula que termine las desavenencias entre los condueños en provecho de los legítimos intereses de la comunión, pueden claramente fijarse términos más concretos para determinar la efectividad de la indicada intervención.

Ya se trate, pues, de reclamar la fijación de un acuerdo por hallarse divididas las opiniones de los condóminos y no resultar mayoría, ya la reclamación se encamine á combatir lo acordado por ser gravemente lesivo, el juez podrá generalmente actuar dentro de los límites de la jurisdicción voluntaria, mientras notoriamente no afecte el litigio á partes conocidas y determinadas, y no se hiciere formal oposición por quien tenga interés en el asunto, que entonces quedaría indiscutiblemente convertido en contencioso. Nada más acertado, en efecto, siempre que la comunidad no ha llegado á un acuerdo, ó cuando existen soluciones encontradas, que la convocatoria por el juez á una reunión de todos los interesados, invitándoles á venir á una concordia, y adoptando, antes de resolver en el asunto, todos aquellos temperamentos de prudencia que estime más adecuados á los fines racionales de la comunidad.

Y si la desavenencia se suscitó por estimar alguno perjudicial lo resuelto, y no se utilizan expresamente acciones determinadas, parécenos, asimismo, que dentro de las prescripciones de los artículos 1811, 1813 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, la autoridad judicial podrá, en jurisdicción voluntaria, resolver el conflicto, bien exigiendo garantías que eviten la contingencia del peligro temido, bien proponiendo se cambie la forma de la admi-

nistración y aun la persona del administrador, ó bien, finalmente, nombrando por sí dicho administrador con todas las obligaciones que á los de su clase imponen las leyes, esto es, invistiéndole de la representación jurídica de la comunidad, exigiéndole fianzas bastantes y ordenándole, por último, la rendición periódica de las cuentas parciales y la de la general al terminar su cometido; pero siempre en el supuesto de que no se oponga á ello ninguno de los interesados.

Claro es que las providencias que sobre la administración de la comunidad dictaren los jueces en autos de jurisdicción voluntaria y que se hicieren firmes por revestir carácter de definitivas, obligan á cuantos interesados en la comunidad, teniendo conocimiento legal de las mismas en tiempo hábil, no interpusieron recurso alguno (Res. de la Dirección de los Registros de 2 de Enero de 1892). Mas esto en modo alguno significa, dado el alcance de dicha jurisdicción, que lo determinado sea ejecutorio, y que contra lo en tales providencias resuelto no quepa recurso alguno, puesto que sería utilizable en todo momento la acción que corresponda en juicio ordinario, como repetidamente ha consignado la doctrina del Tribunal Supremo (sent. de 11 de Enero de 1887).

Finalmente, aunque el Código civil sólo habla (art 402) de la resolución por árbitros ó amigables componedores de las cuestiones que en la comunidad se susciten sobre la división de la cosa común, parecerá innecesario consignar que á tal procedimiento podrá acudirse también para terminar las diferencias ocurridas relativamente á la administración y disfrute de los bienes ó derechos comunes. Son aplicables, por tanto, en el asunto las prevenciones del art. 487 de la ley de Enjuiciamiento civil, debiendo, si en la comunidad hubiese interesados menores de edad ó incapacitados, cumplirse lo dispuesto en el caso 12, art. 269 del presente Código.

IV

Diversas formas de la administración de la cosa común: facultades y deberes del administrador.

Es un principio fundamental que la administración en los bienes indivisos no tiene otro objeto que procurar, dentro del respeto á los derechos dominicales privativos de cada partícipe, el mejor y más acertado disfrute de la cosa común, subordinando, como es consiguiente, el interés individual al general de la comunidad. Dicha administración puede revestir diferentes formas, y de ahí, como es consiguiente, habrán de nacer las diversas obligaciones y las distintas facultades en la persona del administrador.

Hé aquí las principales maneras de ser ejercida la administración de la cosa común:

1.ª *De modo indeterminado por todos los condóminos.*—Verdaderamente tienen razón aquellos tratadistas que entienden opuesta á la naturaleza jurídica de la comunidad tal forma de administración, porque los condóminos, en consideración á la índole peculiar de la copropiedad, tienen limitado el derecho de administrar sus bienes indivisos, en cuanto su ejercicio habrá siempre de someterse á la voluntad de la mayoría. Mas no por eso puede negarse que en ocasiones los condóminos son todos á la vez administradores, y que también acontece ejerzan aquellos de modo singular actos de administración, cosa que tampoco la ley prohibe.

Cuando esto ocurra, el comunero que sin mandato de lo mayoría administre la cosa común, habrá de reputarse en el terreno del derecho como un gestor oficioso, y será responsable por sí á tercero de las deudas contraídas en pró de la comunidad, salvo la acción que contra los comuneros podrá ejercitar para el reintegro de las sumas por él anticipadas. Responderá, asimismo, en sus actos administrativos, de los daños y perjuicios originados á la comunidad, y aun del caso fortuíto en los términos especificados por los artículos 1889 al 1891 del presente Código civil; no pudiendo eludir ta-

les responsabilidades sino con la ratificación de sus actos acordada por la mayoría de los partícipes, ó en el caso en que la comunidad se aprovechase de las ventajas de su administración.

Y claro es que en caso alguno podrá el condómino que administre en esa forma proceder por sí al arrendamiento del todo ó parte de los bienes indivisos, pues aparte de que el arrendamiento es un acto de los más trascendentales para el mejor disfrute de aquellos, estando, por tanto, regido, según la ley de la mayoría, la doctrina constante del Tribunal Supremo (sent. de 12 de Julio de 1877) había acertadamente reconocido la necesidad de la concurrencia de la voluntad de los demás condueños en materia de arriendo de las cosas propias de la comunidad.

Algún código extranjero (código de la República Argentina, art. 2683) consigna sobre el particular: «que el arrendamiento hecho en tales condiciones, será parcial ó totalmente eficaz, si por el resultado de la división el todo ó parte de la cosa arrendada correspondiese al arrendador en su lote»; prevención innecesaria, porque los efectos jurídicos del contrato se convalidan virtualmente cuando eso ocurra, desde el instante en que el partícipe es ya, mediante la disolución de la comunidad, propietario singular de aquello sobre que estipuló con terceras personas, sin que por otra parte haya, una vez disuelta la comunión, términos hábiles de significar la voluntad contraria que invalide y anule el acto individual de un condómino que por la división ha dejado ya de serlo.

Como la buena fe es de esencia en la comunidad, si los actos de administración se ejecutaron contra la voluntad de otros condueños, responderá el administrador de la culpa leve, y vendrá obligado á rendir cuenta de su gestión é indemnizar los perjuicios causados á los demás. Inútil es consignar, finalmente, que las rentas, frutos y utilidades habrán de ser percibidas por todos los comuneros de modo proporcional á la cuantía de sus cuotas en la comunidad; y que están vedados en absoluto á quien en tal manera administre, toda clase de obras y alteraciones en la cosa común, rigiendo en este particular la doctrina ya expuesta al comentar los artículos 395 y 397 del presente Código.

2.ª *Que la administración esté expresa ó tácitamente confiada á uno ó varios administradores, bien sean individuos de la comunidad, bien personas á ella extrañas.*—Cuando esto ocurra, el administrador ó administradores no podrán por regla general realizar otros actos que los de pura administración, como son los de cobrar y dar cartas de pago, atender á los gastos precisos de conservación y reparación de las fincas ó derechos comunes y á los de los litigios que se suscitasen, cumpliendo, si hubiere menores interesados, cuanto en orden á los mismos previenen las leyes, llevando siempre la representación de la comunidad á quien obliga lo contratado, y pudiendo, por último, dar las fincas en arriendo cuando tal estipulación no revista los caracteres de un verdadero derecho real.

Puede, pues, en principio asegurarse que, tanto los derechos como las obligaciones del administrador de la cosa común, habrán de regirse según lo dispuesto respecto á los mandatarios en el título 9,º, libro 4.º del Código civil, debiendo, como es justo, rendir aquél cuentas de su administración; obligación que transmite á sus herederos (sent. del Tribunal Supremo de 2 de Noviembre de 1871), á menos que todos los condóminos le hubiesen relevado expresamente de la necesidad de dar dicha cuenta (sent. de 24 de Mayo de 1873), y prestando, finalmente, como resultado de sus actos, el dolo y la culpa jurídica, en mayor ó menor extensión esta última, según que el encargo haya sido ó no retribuído por la comunidad.

Por lo que hace á la revocación de sus poderes, es necesario sea acordada por la mayoría de partícipes, salvo el caso de fraude ó malversación de los intereses comunales, pues entonces cualquiera de aquellos podrá interesar de la comunidad la separación del administrador, reclamando, si el acuerdo fuere negativo, á la autoridad judicial, con arreglo al apartado tercero del artículo que examinamos.

Es, pues, evidente que los actos dominicales, ó atentatorios á la mera posesión de los copartícipes están absolutamente vedados al administrador, que jamás podrá sin expresa y unánime autorización de todos los comuneros transigir, donar, ceder, enajenar, hipote-

car ni gravar en modo alguno la cosa común; careciendo asimismo de facultades para someter los asuntos de su administración al juicio de árbitros, ó de amigables componedores.

Hemos ya indicado que el administrador precisa el mandato especial y expreso de todos los condueños para la eficacia de aquellos actos que no sean de pura y simple administración, en razón á que los acuerdos de la mayoría nunca son extensivos á lo que á dichos actos sea extraño, y á que lo contrario sería opuesto al derecho privativo de propiedad, reconocido á los comuneros en el siguiente art. 399.

Ahora bien: ¿podrá el administrador celebrar por sí arrendamientos que, aun estipulados por plazo menor de seis años, hayan de ser inscritos mediante la voluntad de los otorgantes en el Registro de la propiedad? La Dirección general de los Registros (28 de Diciembre de 1892) estableció muy discretamente sobre este particular la siguiente doctrina: 1.°, que los contratos generadores de derechos reales son actos de riguroso dominio, y para llevarlos á cabo es preciso mandato expreso; 2.°, que si bien el art. 1548 del Código civil, habla sólo de cuando el administrador contrata el arrendamiento de los bienes que administre por término de seis años, el art. 608 del referido Código, al dejar vigente la ley Hipotecaria, cuyo art. 2.° permite inscribir los arriendos por plazo que no exceda de seis años, ha reconocido que aquéllos son también verdaderos derechos reales, sometidos, por tanto, á lo dispuesto en el art. 1713 de repetido Código; y 3.°, que el art. 398 de dicho cuerpo legal se limita á los actos de administración y disfrute, y no es extensivo á los de dominio.

3.ª *Que la administración haya sido conferida por el juez en virtud de las facultades que le están otorgadas por la ley.*—Cuando la autoridad judicial, á solicitud de cualquier interesado en la cosa común, acuerde por sí el nombramiento de administrador, éste, como discretamente ha consignado la doctrina del Tribunal Supremo (sent. de 31 de Marzo de 1886), es un verdadero mandatario del juez que le nombra, y sus atribuciones y deberes habrán de determinarse por la extensión de aquel mandato.

Desde luego es indiscutible que el administrador judicial de la comunidad habrá de asumir su personalidad jurídica, representándola en todos los asuntos judiciales que á la comunión afecten, aunque deban deducirse en otros tribunales, hasta tanto que cese aquél en su cometido, ó se disuelva la comunidad. Tendrá, además, como es consiguiente, aquellas facultades otorgadas en general á los administradores extrajudiciales, obligando á la comunidad por sus actos, siempre que no se exceda de los términos generales del mandato ó de los especiales que el juez le hubiere conferido. Y una vez prestada la oportuna fianza, que siempre deberá ser proporcionada á la entidad de los bienes que administre, será puesto en posesión de su cargo, proveyéndole, para que le sirva de título de nombramiento, de un testimonio del auto, designándole como tal administrador, y de la diligencia de posesión, dándole á conocer solemnemente á todos los comuneros, arrendatarios de bienes de la comunidad y demás personas con quienes deba entenderse en el desempeño de sus funciones.

Además del deber de cuidar como un buen padre de familias de los bienes y derechos puestos á su cargo, y de prestar el dolo por los perjuicios inferidos á la comunidad, viene el administrador judicial obligado á rendir cuenta de su comisión periódicamente, presentando una cuenta general al concluir su encargo, cuyas cuentas habrán de ser exhibidas á los partícipes é interesados en la comunidad ó sus representantes legales, á fin de que hagan, antes de ser aprobadas, las observaciones que estimen oportunas. Finalmente, cuando se señale al administrador una retribución á cargo de la comunidad, serán de la administración los gastos originados para la formación de dichas cuentas. (Sent. del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1884.)

Respecto á la remoción del administrador judicial, además de poderla decretar por sí el juez por ser amovible á su voluntad, están autorizados los partícipes para solicitarla, sin que sea preciso deducir en todo caso tal reclamación en juicio ordinario, según se resuelve en sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Enero de 1887. Bastará, por tanto, que en la pieza separada que sobre la

administración habrá siempre de formarse, se formule la petición solicitando sea removido el administrador con las justificaciones necesarias, y que el juez lo estime así procedente, para que la separación se lleve á efecto.

ARTÍCULO 399

Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla ó hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación ó de la hipoteca con relación á los condueños estará limitado á la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

I

Facultades de los condóminos en orden á la cosa común.

El condominio, decíamos en otro lugar de estos *comentarios*, no es, ciertamente, cosa distinta de la propiedad, cuyos atributos esenciales convienen á aquél, sino que debe ser considerado tan solo como una forma particular de manifestarse el dominio. Consecuencia de esta doctrina es la necesidad de reconocer en el copropietario todas las facultades dominicales otorgadas al derecho de propiedad en el art. 348 del Código civil, bien que no ya únicamente con las limitaciones generales impuestas por la ley á su natural ejercicio, sino con las particulares que son asimismo exigidas por la forma especial de determinarse la comunidad en los bienes y derechos.

Tal es el principio que informa lo preceptuado en el artículo que vamos á estudiar, cuyos precedentes jurídicos estaban claramente consignados en la ley 55, tít. 5.°, Partida 5.ª, la cual, como es sabido, permitía al comunero la venta de su parte en la cosa poseída en común á otro copartícipe ó á un extraño, si bien en este último caso había de hacerse la enajenación antes de ser co-

menzado el juicio de división, á no mediar el unánime consentimiento de todos los otros aparceros.

Claramente se ve, por lo expuesto, que el condómino, tanto en nuestro derecho tradicional, como en el hoy vigente mediante la publicación del Código civil, posee todas las facultades atribuídas por la ley á la propiedad en general. De modo que el comunero, no sólo puede durante la comunión ejercer actos dominicales sobre los frutos ó utilidades que le corresponden en la cosa, sino también enajenar ó ceder, permutar y gravar la cosa misma, ejerciendo su derecho como verdadero propietario sin necesidad de obtener el consentimiento de los demás.

Mas, aparte de lo que oportunamente expondremos sobre los efectos de la enajenación, el alcance de los gravámenes y lo prevenido en materia de servidumbres constituídas en bienes indivisos, el derecho del condueño aparece limitado:

1.° En orden á la extensión del dominio, que relativamente á su transmisión se halla en la comunidad circunscrito á la porción que el condueño posee sobre la totalidad de los bienes indivisos.

2.° Respecto á la naturaleza de los derechos que el condómino ostente en la comunidad.

3.° En consideración, asimismo, á la necesidad de subordinar en la comunión el ejercicio de los derechos privativos del comunero al derecho de todos los demás.

Relativamente al primer punto, el condueño no puede ejercer actos traslativos de dominio ó representativos de un gravamen, ni sustituir á otro en el aprovechamiento de los bienes ó disfrute de los derechos, sino sobre la parte abstracta é indeterminada, sólo efectiva y cierta al cesar la indivisión, que aquél posea durante la existencia de la comunidad. Con sumo acierto ha establecido nuestro Tribunal Supremo (sent. de 13 de Octubre de 1866) la doctrina de que las leyes vigentes en la materia no autorizaban en modo alguno la venta por el comunero de una parte fija y determinada de los bienes indivisos señalada por aquél á su arbitrio, acaso en perjuicio de los otros condóminos, sino que únicamente le reconocían la facultad de enajenar aquella porción que le pertene-

cería al hacerse la oportuna división; doctrina explícitamente confirmada en otra sentencia de 18 de Noviembre de 1879. Por eso el artículo objeto de este comentario determina con toda claridad que el condueño tiene la plena propiedad *sobre su parte,* esto es, sobre lo que representa la cuota de su participación *en el todo* de la comunidad, y asimismo sobre los frutos y utilidades que, conforme al mandato del art. 393 y en la manera especificada por el apartado segundo del mismo, habrán de corresponderle en concepto de copropietario de los bienes poseídos comunalmente. Estudiando detenidamente el concepto de la comunidad, la cual supone mientras ella subsiste un estado jurídico de indeterminación en los bienes indivisos que la constituyen, se comprenderá perfectamente que los derechos dominicales, en la efectividad de su ejercicio, se entienden circunscritos á aquella parte que en la totalidad indivisa representa la cuota de participación.

Vienen, asimismo, limitadas las atribuciones dominicales de los partícipes, en orden á la naturaleza de los derechos que hayan de transmitir á otro condueño ó á un extraño, cuando sean de *carácter general.* ¿Qué significa, ocurrirá preguntar, el concepto *derechos personales* empleado por el artículo que analizamos?

En la tecnología forense, la frase *derechos personales* integra la idea de aquel derecho que se ejercita especial y directamente contra una persona, la cual viene unida á otra por un vínculo jurídico, del que surge la obligación de hacer ó no hacer, ó de entregar una cosa, en oposición á los llamados *derechos reales,* cuyo ejercicio es de todo punto independiente de relación alguna personal. Mas desde luego puede asegurarse que no es esta clasificación fundamental la que nuestro Código ha tenido presente al hablar de los derechos personales del condómino, declarados en absoluto intransmisibles á otro condueño ó á un extraño, ya se trate de transferirles por sustitución en otra persona respecto al simple aprovechamiento ó disfrute, ya de actos traslativos de dominio ó que representen la imposición de gravámenes. Debe, pues, entenderse por *derechos personales* aquellos inherentes de modo exclusivo á la persona del partícipe, y cuyo ejercicio y efectividad no se

pueden reconocer en otro que no sea el mismo condueño ó poseedor del derecho. Tal sería el derecho de uso ó habitación que, real en su esencia, conforme al art. 2.° de la ley Hipotecaria, no puede, sin embargo, ser transmitido por el condómino, habida consideración á que, por su naturaleza de personalísimo respecto al comunero, sobre prohibir expresamente su transferencia el art. 525 del presente Código, ello sería opuesto á los fines de la comunidad.

Finalmente, la facultad propia del dominio, y reconocida por tanto á todo condueño, de sustituir en otro su personalidad para el aprovechamiento de la cosa común y de sus frutos ó utilidades, tiene, según el presente artículo, su justa limitación en el respeto al derecho de todos los demás, y en las conveniencias mismas de la comunidad. Porque dicha transmisión del derecho de gozar de los frutos ó utilidades de lo que á todos es común, viene regida por lo dispuesto en el art. 394, que impide que el condueño traspase á otra persona tal derecho, para dar á la cosa una destinación contraria á la estipulada por los comuneros, ó á sus naturales fines, perjudicando con ese acto el interés general de la comunidad, é impidiendo á los partícipes utilizar aquélla según su derecho. Tal ocurriría, por ejemplo, si el partícipe cedía su participación en la planta baja de un edificio indiviso para establecer una industria perjudicial á la seguridad del inmueble, y por ello á los intereses peculiares de la comunidad.

II

Limitaciones del derecho de los condóminos respecto á los efectos de la enajenación é hipoteca de la cosa común.

Después de haber consignado el Código civil el indiscutible derecho de todos y cada uno de los condueños á enajenar, ceder ó hipotecar, y aun sustituir otra persona en el aprovechamiento de la cosa común, sin otra limitación que la necesariamente impuesta por la naturaleza misma de la copropiedad cuando se trate de los llamados derechos personales, establece la segunda parte del presente artículo como principio terminante, que los efectos de tales actos

permitídos al copropietario quedan circunscritos á la porción que á aquél se le adjudique el día en que cese la comunidad por la división de los bienes ó derechos. La doctrina es tan clara y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia tan explícita (V. sents. de 13 de Octubre de 1866 y 18 de Noviembre de 1879), que se hace innecesaria toda explicación. Ya lo hemos indicado anteriormente: la facultad de enajenar otorgada al copropietario de la cosa común es igual en su amplitud á la concedida por la ley al propietario singular, y el concepto jurídico *enajenación* integra todos aquellos actos significativos de transmisión del dominio, incluso la dación á censo, como con acierto estableció el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Marzo de 1893. Respecto al derecho de hipoteca, es asimismo su otorgamiento una lógica derivación del derecho de enajenar, pues, como decía el derecho romano: *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.*

Mas, aparte de quedar condicionadas esas facultades del comunero por la cuota ó parte que ostente en la comunidad al ser esta dividida, y de concederse contra la venta hecha por aquél á un extraño el derecho de retracto (arts. 1513 al 1522 del Código civil), surgen diversas cuestiones, ya en lo relativo á la depreciación ó gravámenes de la cosa posteriormente á su enajenación; ya en orden á la naturaleza y extensión de esos mismos gravámenes impuestos por el copropietario sobre los bienes de la comunidad; ya, finalmente, acerca de la inscripción de los actos dominicales en el Registro de la propiedad.

Un condueño enajena, por ejemplo, la mitad de la cuarta parte que sobre la comunidad entiende corresponderle, y llegado el instante de la división hay un perjuicio evidente para el comprador, porque los bienes adjudicados al vendedor valen menos de aquello en que fueron estimados, ó porque aparecen gravámenes ó defectos que disminuyen la estimación de lo enajenado. A nuestro juicio, como verificada la división de la totalidad común, los compradores se posesionan, al realizarse aquélla, de lo que antes no pudo serles entregado por continuar incluído en la masa común, estarán capa-

citados, á la vista del perjuicio ó lesión sufridos, para elegir entre la resolución del contrato ó la disminución del precio satisfecho, según el juicio de peritos. Y es que realmente las enajenaciones de los bienes comunes revisten una forma condicional, porque dependen en sus efectos del hecho futuro de la división, y si ésta no llegase á tener eficacia debido á la desaparición de la cosa común, ó aun teniéndola, sufriesen grave quebranto los bienes objeto de la comunidad, sería injusto negar al comprador los derechos concedidos de modo general en el art. 1486 del Código civil. Sin embargo, la resolución de estas cuestiones dependerá de los términos y condiciones del contrato.

Por lo que hace á la facultad de los condueños para hipotecar la porción que pudiéramos llamar expectante en la división de lo común, y no obstante el principio fundamental de la indivisibilidad de aquel derecho, consignado en el art. 122 de la ley Hipotecaria, la potestad de gravar mediante la constitución de hipoteca no puede, sin el unánime consentimiento de todos los condueños, extenderse á la totalidad del inmueble. Una Resolución de la Dirección general de los Registros (23 de Noviembre de 1886) cuidó ya de especificar como habría de ser constituída la hipoteca en ese caso, ordenando se precise al constituir el gravamen la proporción en que la parte hipotecada se encuentra con respecto á la totalidad de la finca ó fincas que formen el entero de la comunidad.

Algún comentarista entiende que el Código, al determínar que el condueño puede gravar su respectiva participación, ha estado poco explícito, usando del concepto genérico hipoteca, en lugar del más amplio de gravamen.

A nuestro entender, las palabras *enajenación é hipoteca* usadas por el legislador son las únicas adecuadas para expresar tanto la extensión, como los límites de las atribuciones otorgadas al condueño sobre los bienes y derechos comunes. Aparte de que con decir, como dice, que salvo en lo relativo á derechos personales, el copropietario *puede sustituir á otro en su aprovechamiento,* con lo cual se le autoriza á vender, donar, ceder ó permutar, y dar á censo, parece innegable el derecho de establecer sobre la parte

respectiva el usufructo ó cualquier otro derecho real, fuera del uso y habitación, á favor de otro copartícipe ó de un tercero, pues lo que únicamente está á aquél prohibido es la constitución de gravámenes sobre los *derechos personales* en la acepción que á tal concepto hemos asignado en el párrafo precedente.

Algunos tratadistas (V. Fornari, ob. cit., 141) presentan la cuestión que pudiera suscitarse en lo relativo á los efectos ulteriores de la hipoteca, según el condueño hubiese establecido el gravamen sobre la cuota que en el entero común había de corresponderle, ó según hubiese aquél hipotecado una finca determinada que fuese parte de la comunidad.

No creemos digno de discusión tal particular desde el instante en que negamos al copropietario atribuciones para establecer hipoteca, ni gravámenes de otra clase en determinados bienes de la comunión, entendiendo, por el contrario, que sólo es hipotecable la parte que sobre el todo puede en su día ser á aquél asignada. Hasta que el hecho de la división se realiza, el comunero no es en verdad dueño de tales ó cuales fincas que constituyen proindiviso la comunidad, sino que por una verdadera abstracción, á la vez que ejerce facultades de dominio en la totalidad de los bienes y derechos de aquella, le está para en su día asignada una cuota proporcional, en orden á su respectiva participación en la masa común. Pudiera, por tanto, decirse de la hipoteca, lo que el Tribunal Supremo (sent. de 18 de Noviembre de 1879) decía de la facultad de enajenar, á saber: que el derecho de hipotecar no legitima la hipoteca de parte fija y determinada de un inmueble que el condómino designe á su arbitrio, sino la de aquello que le pueda pertenecer luego que se haga la división, acto que es el verdaderamente declarativo de la propiedad en favor de cada partícipe.

Lo que si conviene dejar sentado es que si al dividirse la comunidad resultase que el comunero hipotecó mayor porción que la que entonces le fuera asignada, sufrirá la garantía hipotecaria la consiguiente reducción, en obediencia á lo dispuesto en el presente artículo.

Es doctrina admitida en el art. 594 del Código civil, que todo

propietario está capacitado, en virtud de sus derechos dominicales, para imponer servidumbres sobre sus fincas, salvo las excepciones consignadas en la ley. Y precisamente una de esas excepciones es la establecida en el art. 597 del citado Código civil, que al hablar de fundos indivisos, prohibe á los condueños establecer, en el todo ó en parte de los bienes de la comunidad, servidumbres sin el consentimiento de todos los demás condóminos. La concesión particular de uno solo de los copropietarios quedará en suspenso, y sus efectos jurídicos respecto al concedente se regirán por lo determinado en el indicado artículo.

Tal prohibición, ya conocida en el Derecho romano (Dig. LL. 19 y 34, de *serv. prœd. et serv. rustic.)*, obedece al principio de indivisibilidad de las servidumbres, admitido expresamente en el art. 535 del Código civil. Ese carácter de indivisibilidad, aparte de la consideración de que ningún condómino pueda gravar los bienes comunes en perjuicio de los otros condueños, impide la constitución de servidumbres en una parte del fundo común; pues, como escribe el ilustre Pothier, siendo indivisibles los derechos creados por la servidumbre, y no admitiendo su naturaleza la posibilidad de partes abstractas ó intelectuales, es forzoso prohibir al partícipe que constituya en la cuota espectante un gravamen que perjudicaría acaso los fines generales de la comunidad.

Es, por tanto, la prohibición expresada una excepción de la facultad otorgada al propietario singular en la materia, y una limitación á los derechos privativos de los condueños, motivada en la general conveniencia de los intereses de la comunidad.

IV

Inscripción de las enajenaciones ó gravámenes en las fincas proindiviso.

Son muchas las resoluciones dictadas por la Dirección general de los Registros respecto á la inscripción de bienes indivisos, caso de ser enajenados ó gravados. Ya hemos hecho mención de lo re-

suelto en la de 23 de Noviembre de 1886, por lo que hace á la imposición de gravámenes que afecten á parte de una finca, y la necesidad de detallar dicha parte, precisando debidamente la proporción en que ella se encuentra con relación á la totalidad del inmueble. Claro es, en obediencia á dicha doctrina, que al inscribir el adquirente el gravamen que sobre la participación de un condueño se constituyese, habría de especificarse necesariamente la cuota proporcional que en relación con el todo de la finca perteneciese al condómino.

Consiguientemente á la inscripción de las enajenaciones de bienes indivisos, deberá en todos los casos ser inscrita de modo previo la finca ó fincas que formen la comunidad, y mientras la división subsista, habrán subsiguientemente de irse anotando las variaciones que ocurran en la porción asignada á cada partícipe, así como cuando no constase el nombre y cuota de todos los condóminos habría de hacerse expresión de la participación que al inscribiente perteneciese. Es muy decisiva en este punto la doctrina de las resoluciones de 23 y 28 de Julio de 1863, estableciéndose además en otra de 24 de Enero de 1864, que cuando ocurra la inscripción de la venta de una parte de fincas que el cedente poseía á título de indivisión, el título de compra habría de ser inscrito á continuación del último asiento, si le hubiere, de las vicisitudes de la finca indivisa, haciéndose constar el dominio de todos los partícipes y seguidamente el del comprador de la parte vendida, pues entiende dicha Resolución que los contratos que se refieran á cualquiera de las porciones de los bienes indivisos, deberán inscribirse en el registro particular que debe abrirse á la totalidad de aquellos bienes.

Si al intentar enajenar su porción el condómino no tuviera inscrita su participación en el Registro, claro es que habría que subsanar ese defecto antes de inscribir la nueva transmisión hecha por el partícipe á tercero. No es preciso, para que la enajenación tenga efecto, que los otros comuneros tengan ó no inscrito su derecho; únicamente al hacerse la inscripción á instancia de quien se propone enajenar se habría de expresar en el asiento la participación de los demás, surtiendo tal expresión los efectos que indica

el art. 29 de la vigente ley Hipotecaria. Tampoco es posible que un partícipe obligue á los otros á inscribir, porque fuera de los casos previstos en los arts. 20 y 396 de la ley Hipotecaria, ó sea cuando la constitución, transmisión, reconocimiento, modificación ó extinción de los derechos reales afecten á tercero, la inscripción es un acto voluntario. Ahora bien: si al tratar de transmitir el porcionero su derecho y proceder á la inscripción del acto, resultase que los otros copartícipes habían inscrito mayor parte que la que en realidad les correspondía en la comunidad, se haría preciso examinar si el error procedía del título originario ó del propio Registrador. Si el error provenía del título, los interesados deberían redactar uno nuevo, compeliendo á ello á los que se negasen, utilizando al efecto los medios establecidos en las leyes; y si del mismo Registrador, sería indispensable subsanar ese error, á cuya subsanación vendría obligado dicho funcionario, con arreglo á lo dispuesto en los arts. 253 al 264 de la repetida ley Hipotecaria. De ese modo parécenos quedarán solucionadas las dudas que á algunos jurisconsultos les han ocurrido sobre el procedimiento que debería utilizarse, si al enajenar un comunero su parte no la tuviere previamente inscrita, ó no tuvieren las suyas respectivas los otros condóminos, ó hubiese error en la inscripción del condominio de la comunidad; dudas, en último término, claramente resueltas en la propia ley Hipotecaria y en la múltiple doctrina que sobre su acertada inteligencia ha establecido la Dirección general de los Registros.

ARTÍCULO 400

Ningún copropietario estará obligado á permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.

Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención.

ARTÍCULO 401

Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso á que se destina.

ARTICULO 402

La división de la cosa común podrá hacerse por los interesados, ó por árbitros ó amigables componedores nombrados á voluntad de los partícipes.

En el caso de verificarse por árbitros ó amigables componedores, deberán formar partes proporcionadas al derecho de cada uno, evitando en cuanto sea posible los suplementos á metálico.

ARTICULO 403

Los acreedores ó cesionarios de los partícipes podrán concurrir á la división de la cosa común y oponerse á la que se verifique sin su concurso. Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, ó en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla, y salvo siempre los derechos del deudor ó del cedente para sostener su validez.

ARTÍCULO 404

Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique á uno de ellos indemnizando á los demás, se venderá y repartirá su precio.

ARTICULO 405

La división de una cosa común no perjudicará á tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, ser-

vidumbre ú otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan á un tercero contra la comunidad.

ARTICULO 406

Serán aplicables á la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes á la división de la herencia.

I

De la terminación de la comunidad de bienes.—Principio general respecto á la división de bienes comunes: excepciones.

El estado jurídico de comunidad de bienes ó derechos termina: 1.º, por la consolidación en una, de las diversas cuotas de participación respectiva de los comuneros sobre el todo indiviso que constituye la comunión; 2.º, por la destrucción de la cosa, ó desaparición del derecho que á todos es común; 3.º, por la prescripción de terceros sobre los bienes ó derechos comunales, y 4.º, por la división que convierte en partes ciertas y determinadas, las respectivas participaciones indivisas de los condueños.

De esta última manera de extinguirse la comunidad, ó sea de la división, habremos de ocuparnos al estudiar la doctrina de los artículos 400 al 406 del Código civil, toda vez que los otros medios de terminar la comunión de bienes ó derechos no necesitan ciertamente de explicación de ninguna clase.

El Código civil reconoce, en efecto, en todo copropietario un derecho, á saber, el de poderse apartar *en cualquier tiempo* de la comunidad, concediéndole para la realización de ese derecho una acción de carácter imprescriptible (art. 1965), encaminada, entre otras cosas, á demandar de los demás copropietarios que se dividan los bienes ó los derechos comunes.

La ley estima, muy acertadamente por cierto, que la comunión requiere exista entre todos los comuneros una buena fe y una ar-

monía que puede á veces quebrantarse por quien, contra el parecer de los otros, se oponga á la continuación del condominio, por cuya razón, y consagrando á la par el respeto que es debido á los derechos privativos de cada propietario, que, según repetidamente se ha dicho, no desaparecen en la copropiedad, permite, como regla general, pedir cese el estado de indivisión y se proceda á partir y consiguientemente á adjudicar entre los respectivos interesados los bienes y derechos comunes.

De la antigüedad de esa acción, que, como dice el código portugués, integra un derecho irrenunciable, pudiéramos dar idea recordando con el ilustre jurisconsulto Gayo, que sus orígenes se remontan nada menos que á la legislación de las Doce Tablas, habiendo asimismo pasado al derecho de los pueblos modernos aquel sabio principio, según el cual «nadie puede ser compelido á permanecer en el estado de comunidad de bienes».

Pero ese principio, que de modo expreso acepta también nuestro Código civil, se ve limitado en la realidad de su ejercicio: 1.º, cuando los partícipes por un acto solemne consignan su voluntad de que continúe la indivisión durante el tiempo permitido por la ley; 2.º, cuando la indivisión de los bienes ó derechos se impone, bien merced á la voluntad del donante, ó bien por la del testador en las sucesiones *mortis causa;* 3.º, en consideración á la naturaleza misma de la comunidad en algunas ocasiones, y 4.º, cuando de acordarse la división, la cosa resultase inservible, según su uso y destinación.

Primer caso. Los copropietarios de cosas ó derechos comunes pueden establecer de modo solemne la permanencia en el estado de indivisión. La ley respeta ese pacto, tanto porque la materia de la estipulación es lícita, según las reglas generales prescritas en el Código en cuanto á los contratos, como porque de manera especial viene dicho pacto autorizado en el artículo que estamos ahora examinando. Hay en su otorgamiento una especie de abdicación del derecho concedido al condueño, de pedir en cualquier día la división, y la ley, en el asunto, lo que hace es respetar la voluntad de los contratantes de renunciar *temporalmente* á ese derecho.

Hemos indicado que la renuncia á la indivisión se subordina á que no se ejercite la acción divisoria en cierto período de tiempo, porque es contrario á la naturaleza jurídica de la comunidad el pacto de no dividir, cuando se establece sin limitación de tiempo. Verdad es que en el Derecho romano, fuente muy provechosa en la materia, no se fijaba plazo alguno en tales estipulaciones; pero no es menos cierto que en aquel derecho era manifiesta la nulidad del pacto absoluto de no dividir. (Ley 14, tít. 3.°, lib. 10, Dig.)

Estudiada como debe serlo la doctrina en los códigos modernos, es muy notable la consignada en el código austriaco, porque en él, si bien se establece que el pacto de indivisión termina con la vida del estipulante, y que lo convenido no pasa á sus herederos, no se fija tiempo alguno limitativo de la indivisión por contrato, lo cual se prescribía también en el código italiano antes de su reforma.

Pero como en el derecho anterior al código de Napoleón estaba vigente en toda su pureza lo establecido en las leyes romanas, las cuales, ya se ha dicho, no fijaban tiempo alguno al pacto de no dividir, aun cuando condenaban su perpetuidad, basta á nuestro objeto dejar establecido que el plazo que los condóminos podían señalar para la no división de la comunidad, quedó determinado en cinco años en el código napoleónico; plazo aceptado hoy en las leyes civiles de Bélgica, Portugal, República Argentina, Chile, Guatemala, Venezuela, Méjico y Honduras; mientras que nuestro Código, aceptando lo dispuesto en el de Italia (art. 681), eleva la duración máxima del término convenido á diez años.

Que á la celebración del pacto de no dividir durante cierto tiempo los bienes ó derechos de la comunidad habrán de concurrir todos los interesados, bien por sí cuando tengan capacidad para obligarse, bien debidamente representados en caso de ausencia ó incapacidad legal, no admite duda alguna, supuesto que se trata de la prestación del consentimiento y de una verdadera renuncia de su derecho á demandar la división en cualquier tiempo, por cuyo motivo el contrato, si se refiere á inmuebles ó derechos reales deberá consignarse en escritura pública, según lo prevenido en el art. 1280.

Asimismo parécenos indiscutible que si después de otorgado el convenio de no dividir en cierto tiempo, uno de los interesados cediese á un extraño su cuota, ó la trasmitiese á otra persona por título hereditario, el poseedor del derecho, al subrogarse en el lugar del comunero, tendría que respetar lo convenido por su causante, puesto que el cesionario no es otra cosa que la continuación de la persona jurídica del cedente en todos sus derechos y obligaciones.

Establece, por último, el art. 400 de nuestro Código civil, que el plazo convenido de mantener la indivisión de la cosa ó del derecho, podrá prorrogarse mediante nuevo contrato, sin que ese término prorrogado haya de exceder, como es consiguiente, del de otros diez años. Y como la ley no pone límite á este derecho de las partes, claro es que podrán pactar una segunda prórroga y las demás que les convengan, siempre que ninguna de ellas exceda de los diez años. El término prorrogado será continuación del anterior, salvo pacto en contrario.

Segundo caso. El derecho á pedir que cese la proindivisión, puede ser condicionado también en aquellos bienes ó derechos que deban su origen á la liberalidad de un donante. Mas, parecerá innecesario consignar que nunca podrá en tales donaciones establecerse otra limitación al derecho de los donatarios que la de prohibir la partición durante diez años, siendo ineficaz toda otra cláusula contraria al término expresado. La comunidad derivada de últimas voluntades se rije por el art. 1051 del presente Código civil: véase con su comentario.

Tercer caso. En razón al origen y naturaleza jurídica de la comunidad, no es lícito á veces á los condóminos demandar la división, no obstante el derecho que la ley de modo general les reconoce. Así, por ejemplo, la comunidad legal en los gananciales durante el matrimonio, no se extingue porque uno de los cónyuges pida la división, sino únicamente al disolverse el matrimonio, ó al ser declarado éste nulo, subsistiendo la facultad de pedir la división tan sólo cuando uno de los esposos hubiese sido condenado á pena de interdicción, ó declarado ausente, ó dado causa al divorcio.

En la comunidad de aguas, medianería, cercas, etc., tampoco podrá ejercitarse el derecho de división sino con las limitaciones impuestas, tanto por algunas disposiciones del Código mismo, cuanto porque han de tenerse presentes las establecidas por leyes que de modo especial rigen á tales comunidades. Así, por ejemplo, en la comunión de aguas, es precepto especialísimo que cuando haya de dividirse un terreno de regadío que recibe el agua por un sólo punto, si bien el derecho de pedir la división subsiste en cada uno de los diferentes condueños, al verificarse la operación divisoria, los propietarios de la parte superior quedan obligados á dar paso al agua para el riego de los terrenos de la inferior, sin poder exigir indemnización alguna, á no haberse pactado expresamente (art. 85 de la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879). Esas y otras disposiciones particulares sobre la materia, estaban ya salvadas por nuestro Código civil, puesto que en la vasta extensión que alcanza la comunidad en sus diversas formas, cuidó de establecer muy oportunamente (art. 392) que las reglas consignadas en todo el tít. 3.° del libro 2.° no eran aplicables á la comunión regida por pactos, ó por disposiciones especiales, bien del propio Código, bien de leyes diferentes á éste.

Cuarto caso. El derecho de pedir la división puede también ser ineficaz, no ya por obra de la voluntad de los partícipes consignada en solemne estipulación, ó por haberlo así dispuesto el donante ó el testador sobre los bienes donados ó transmitidos por título hereditario, ó, finalmente, en consideración á que la ley regule de modo especial ese derecho, sino porque la naturaleza y manera de ser de la cosa indivisa no permita sea dividida á causa de resultar con ello inservible, según su uso y natural destinación. Así lo previene el art. 401, debiendo tenerse muy en cuenta que no se trata de que la cosa ó el derecho sea esencialmente indivisible, caso resuelto en el art. 404, sino de que siendo aquélla *naturalmente* divisible, no puede, sin embargo, ejercitarse la acción divisoria porque al partirse resultaría inservible al uso y destino que le son peculiares, por lo cual resulta la cosa *legalmente* indivisible. Un patio común á los diversos pisos de una finca, ó de dos ó más casas, los

accesorios de un cortijo de labranza, etc., etc., claro es que son susceptibles de material división, pero al dividirse, quedaría inservible el patio, é inservible el cortijo, y grandemente perjudicados con ello los intereses de los antiguos comuneros ó copartícipes. Es tan clara la doctrina, que no comprendemos cómo algunos tratadistas han tachado de oscuro al Código al emplear una locución sobradamente explícita.

Es, por lo que se ve, una mera cuestión de hecho la de decidir cuándo la cosa, si se dívidiese, *quedaría inservible.* Los tribunales resolverán fácilmente el problema jurídico y aplicarán rectamente la letra del art. 401, presentándole en estos dos términos: 1.°, determinar con toda exactitud el uso ó la destinación de la cosa á los fines generales de la comunidad; 2.°, determinar, asimismo, si separada la cosa ó el derecho y adjudicados, después de divididos, á los partícipes, resultarían inservibles á los fines á que durante el condominio venían naturalmente destinados aquéllos.

II

De la manera de verificar la división de la cosa común.

La división entre los partícipes de los bienes ó derechos comunes, es un acto que la ley deja, en cuanto á la forma de ser realizada, á la voluntad de los mismos interesados, la cual tiene, como acontece en toda convención, verdadera fuerza de ley. Este principio viene explícitamente reconocido en el art. 402 de nuestro Código civil, al consignar que la división puedan hacerla los mismos interesados, bien por sí, ó bien designando árbitros ó amigables componedores, nombrados, en todo caso, á voluntad de los comuneros. Mas, cuando surja discordia entre los interesados, ó cuando entre éstos haya incapacitados, ausentes de ignorado paradero, ó menores de edad no representados por el padre ó madre, será necesario acudir á la autoridad judicial, ya para resolver cuestiones que surjan en el acto mismo de la división, ya á fin de aprobar la partición verificada, aprobación de que no podrá prescindirse si hay co-

partícipes menores no sujetos á patria potestad, ó incapacitados ó ausentes, aun cuando haya absoluta conformidad entre todos los condueños

El Código civil no establece, ciertamente, un procedimiento determinado acerca de cómo hayan de practicarse las operaciones divisorias y las de aprobación de la división ya efectuada en la cosa ó derecho común. Unicamente consigna en el art. 406 un precepto de aplicación general en la materia, á saber: que rigen sobre división entre los partícipes de la comunidad las mismas reglas concernientes á la división de la herencia, establecidas en las secciones 2.ª á la 4.ª, cap. 6.º, tít. 3.º, libro 3.º, del Código civil, y en la ley de Enjuiciamiento en cuanto no haya sido modificada por el Código.

Mas sin embargo de esa regla, que bien pudiéramos llamar cardinal en el asunto, no ha podido el legislador excusarse de establecer en el presente título algunas otras particulares que de modo privativo convienen á la comunión. Dichas reglas particulares se refieren especialmente á los derechos de los acreedores ó cesionarios de los partícipes, tanto en su intervención en los actos de división de los bienes, como á su posible oposición una vez aquélla consumada; y á las acciones de terceros poseedores de derechos reales ó personales contra la comunidad (arts. 403 y 405 del Código civil).

Los partícipes, aparte de la acción judicial *(communi dividundo)*, pueden elegir extrajudicialmente para hacer la partición una de estas dos formas: ó practicar de común acuerdo las operaciones divisorias y de adjudicación, elevando después, en su caso, como lo ordenan los arts. 1280 del Código civil y 23 de la ley Hipotecaria, el convenio á escritura pública; ó bien encomendar á árbitros ó amigables componedores el encargo de hacer la división, siendo exclusiva en los partícipes la facultad de nombrar aquéllos, de recusarlos y de proceder á su reemplazo, caso de recusación ó renuncia de los designados.

Seguramente no ofrecerá dificultad alguna el supuesto de que los condóminos acuerden hacer por sí la división y partición de la cosa común, pues aun habiendo menores ó incapacitados ó ausentes

de desconocido paradero, siempre que estén provistos aquéllos de la debida representación legal, y el tutor autorizado por el consejo de familia, podrán redactarse las bases convenientes, cuidando, no obstante, de someter la división á la aprobación de la autoridad judicial, salvo si los partícipes, aun siendo menores de edad, viniesen sometidos á la patria potestad y hubiesen estado representados en las operaciones por el padre ó madre, como lo previene el art. 1060 del Código civil.

Al ocuparnos en estos *Comentarios* de la doctrina del art. 269 (tomo 2.°, pág. 296), de los casos en que el tutor necesitaba el acuerdo del consejo de familia, vimos ser dicha autorización necesaria para proceder á la división de las cosas que el menor ó incapacitado poseyere en común (núm. 7.° del artículo citado). Pero como quiera que el Código, en el art. 1060, sólo exceptua del requisito de la aprobación del juez las particiones de bienes en que intervengan menores de edad sometidos á la patria potestad y representados en aquéllas por el padre, ó en su caso por la madre, ¿será necesaria la aprobación judicial si el interesado es menor no sometido á patria potestad, y sí á la tutela, ó incapacitado y sujeto también á tutela por su incapacidad, cuando media la autorización del consejo de familia?

La Dirección general de los Registros, en Resolución de 25 de Noviembre de 1893 (*Gaceta* de 11 de Diciembre siguiente), ha resuelto esta duda en sentido negativo, estableciendo la siguiente doctrina: 1.° Que la misión especial que desempeña el consejo de familia se explica perfectamente por la base 7.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, según la cual, la tutela de los menores é incapacitados se completa con el restablecimiento en nuestro derecho de la institución del consejo de familia y la creación del protutor, lo cual significa que mediante ese consejo y esta nueva institución, la de la tutela queda perfecta sin necesidad de acudir á organismos extraños á la familia. 2.° Que desarrollando el Código civil el espíritu de esa base, ha confiado el amparo y la defensa de los menores exclusivamente al tutor, al protutor y al consejo de familia, concediendo á este último todas, absolutamente todas las

facultades que nuestra antigua legislación otorgaba al Poder judicial en orden á la autorización de aquellos actos que traspasan los límites de una simple administración, y á la subordinación que en justicia hay que imponer al tutor con respecto á una autoridad superior que le vigile y censure, por cuyos razonamientos disuena el hacer una excepción en el contrato de partición de bienes colocándole bajo la salvaguardia de los tribunales, cual si el interés del menor corriese en él mayor riesgo que cuando se trata de la remoción de un tutor, ó de la autorización para la venta de un inmueble, ó de la aprobación de una transacción. 3.° Que respecto á la interpretación adecuada del art. 1060 del Código civil, lo único que de ese artículo puede deducirse es que, cuando los menores no emancipados están representados en la división de bienes por un defensor, es requisito indispensable la aprobación judicial, precisamente porque en ese caso le falta al menor ó al incapacitado la intervención tuitiva del consejo de familia, y se vé huérfano accidentalmente de la dirección paterna. Y 4.° Que demostrada la no necesidad de la aprobación judicial en la división de bienes, verificada por el tutor con autorización del consejo de familia, es consecuencia lógica interpretar el caso 7.° del art. 269 del Código civil, conviniendo en que, al autorizar el consejo al tutor del menor ó incapacitado para proceder á la división de bienes comunes, ha de trazarle de antemano las bases é instrucciones á que rigurosamente ha de ceñirse, ó es indispensable que, ultimada la partición por el tutor, sea aprobada por el consejo de familia, sin lo cual sería el acto particional producto de la exclusiva iniciativa de aquél, y carecería, por ende, del sello que el citado art. 269 ha querido imprimir en él, al exigir sea sometido á la autorización del consejo de familia. Sobre esta importantísima materia ha resuelto también la propia Dirección de los Registros en 18 de Diciembre de 1893 (*Gaceta* de 3 de Enero de 1894), que cuando el menor no está representado en el acto de la división por su padre ó madre, es necesaria la intervención y la aprobación judicial, como condición de garantía para quien no puede ser amparado por el consejo de familia, y á la par está accidentalmente privado de la protección y representación

de sus padres, como ya lo tenía declarado dicho Centro directivo en la Resolución de 25 de Noviembre de 1893.

Estamos conformes con esta segunda resolución; pero no con la anterior de 25 de Noviembre, sin desconocer por esto el valor y autoridad de la doctrina que en ella se establece, y que podrá contribuir á que se modifique nuestra legislación en ese sentido. Mientras esto no se verifique, ó no se establezca sobre ello jurisprudencia por el Tribunal Supremo, insistimos en nuestra opinión antes indicada y expuesta en otro lugar (1). Podremos estar equivocados; pero sujetándonos al derecho constituído, y sin discutir la conveniencia de reformarlo, entendemos que hoy es necesaria la aprobación judicial de las particiones de bienes comunes ó hereditarios, en que tenga interés de parte alícuota algún menor ó incapacitado, sujeto á tutela, aunque medie la autorización del consejo de familia.

El Código civil, al establecer el consejo de familia para la vigilancia de la tutela y la protección de la persona y bienes de los menores é incapacitados que á ella están sujetos, ha determinado las atribuciones y facultades de esa nueva institución, de las que no puede ésta separarse ni extralimitarse. Una de ellas, la 7.ª del art. 269, es la de autorizar al tutor «para *proceder á la división* de la herencia ó de otra cosa que el menor ó incapacitado poseyere en común». En virtud de esta autorización, y no sin ella, puede y debe el tutor practicar, judicial ó extrajudicialmente, las gestiones necesarias para que se lleve á efecto la división; pero, una vez realizada, tiene que someterla al examen y aprobación de la autoridad determinada por la ley para que aquel acto tenga valor y eficacia. Esta autoridad no es el consejo de familia, porque ninguna disposición del Código le concede tal atribución, y si la antedicha de autorizar al tutor para que *proceda* á la división, lo cual supone la apreciación del consejo de ser ésta útil ó conve-

(1) V. Manresa, *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil reformada*, tomo 4.°, pág. 502.

niente al menor ó incapacitado; pero de ningún modo la aprobación de la división, que no es entonces conocida, porque ha de practicarse después, y con la cual pueden causarse perjuicios al interesado por ignorancia, negligencia ó malicia de su tutor.

Para salvar esta objeción, dice la Dirección de los Registros, en su Resolución citada de 25 de Noviembre, que cuando el consejo no haya trazado de antemano las bases á que rigurosamente deba ceñirse el tutor, «es indispensable que, ultimada la partición por el tutor, sea aprobada por el consejo de familia», y en este sentido resuelve el caso de aquel recurso, declarando no ser inscribible la escritura de partición á que se refiere, en la que una menor estuvo representada por su tutor, *ínterin no obtenga la aprobación del consejo de familia,* y revocó la nota del registrador que para suspender la inscripción se había fundado en que, si bien el tutor fué autorizado por el consejo para proceder á la partición, faltaba á ésta el requisito legal de la aprobación judicial, prescrito por los artículos 1049 y 1050 de la ley de Enjuiciamiento, concordante con el 1060 del Código civil.

Y con efecto; el art. 1049 de la ley procesal ordena que «las liquidaciones y particiones de herencias hechas extrajudicialmente, aunque lo hayan sido por contadores nombrados por el testador, deberán presentarse á la aprobación judicial, siempre que tenga interés en ellas como heredero ó legatario de parte alícuota algún menor, incapacitado ó ausente, cuyo paradero se ignore». Como el Código civil declara subsistente la ley de Enjuiciamiento civil, es incuestionable que está en todo su vigor dicha disposición como todas las demás de la misma ley, fuera de aquello en que hayan sido modificadas expresamente por el Código, ó sean incompatibles con lo que en éste se ordena. El Código en su art. 1060 declara que «cuando los menores de edad estén sometidos á la patria potestad y representados en la partición por el padre, ó en su caso por la madre, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial». De suerte que aquel artículo de la ley constituye la regla general, y este del Código la excepción, y excepción única, puesto que se limita al caso á que se refiere, sin que sea lícito extenderla á otros

no determinados, á pesar de ser conocidos por el mismo legislador. Si éste hubiera creído conveniente excluir de la aprobación judicial las particiones aprobadas por el consejo de familia, así lo habría ordenado, deduciéndose de su silencio que las ha dejado sometidas á la regla general.

Esta es nuestra opinión, conforme al derecho constituído, cuyos preceptos son tan claros y explícitos, á nuestro juicio, que no admiten interpretación, y mucho menos fundada en hipótesis más ó menos exactas. Sin embargo, harán bien los interesados en seguir la doctrina de la Dirección de los Registros, puesto que de ese modo conseguirán la inscripción de la partición con economía de gastos y de tiempo, aunque exponiéndose á las consecuencias de un pleito de nulidad, por faltarle el requisito legal de la aprobación judicial.

En cuanto al caso en que los condueños encomendasen la división y adjudicación á árbitros ó amigables componedores, serán de exacta aplicación los preceptos de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, contenidos en el tít. 5.° del libro 2.°, que trata de los juicios de árbitros y de amigables componedores.

Podrá muy bien acontecer que los partícipes no se pusiesen de acuerdo acerca del número de árbitros ó amigables componedores, que siempre habrá de ser impar (uno, tres ó cinco), ó que recusado ó eximido alguno de ellos por su voluntaria renuncia, no conviniesen los interesados acerca de la persona llamada al reemplazo. Si esto ocurriera, habría que resolver el conflicto teniendo en cuenta: 1.°, que como el art. 402 no releva á los partícipes de las formalidades prevenidas sobre el particular para la designación de los árbitros ó amigables componedores, si optasen por designar un solo arbitro ó componedor, el nombramiento habría de ser por unanimidad; 2.°, que si designados dos ó cuatro con igualdad de votos cada uno, el tercero ó el quinto, que necesariamente habría que nombrar, precisaría también esa unanimidad; y 3.°, que como el Código civil no autoriza la intervención de la autoridad judicial, caso de discordia en los nombramientos, antes bien quiere que éstos sean obra exclusiva de la voluntad de los intere-

sados, habría que tener por aplicado el apartado segundo del artículo 795 de la ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 828, y tener por abandonado el procedimiento arbitral ó de amigables componedores.

Han preguntado algunos comentaristas si sería válida y eficaz la división hecha por un perito nombrado de común acuerdo por todos los partícipes, sin conferirle el carácter especial de árbitro ó amigable componedor en la escritura de nombramiento, y desde luego entendemos resuelta negativamente tal pregunta: 1.°, porque el art. 402 del Código no admite esa manera particular de efectuar la división, prohibiendo, por otra parte, la ley de Enjuiciamiento civil (art. 791) delegar en persona alguna el nombramiento arbitral, y menos que se reconozca ese carácter á quien por voluntad unánime de los partícipes consignada en la escritura originaria no le tiene; y 2.°, porque el Código civil no exime á los condueños en tales nombramientos de cumplir con todas las formalidades determinadas en los artículos 792, 793 y 828 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La designación, por tanto, de un perito hecha unánimemente para que practique la división, no puede tener otro alcance que el de obligar á aceptar la medición, deslinde ó avalúo hecho por aquél, á menos que con posterioridad todos los interesados aprobasen lo hecho, como si ellos lo hubiesen practicado, porque entonces vendría á resultar, no el procedimiento de árbitros ó componedores, sino una partición efectuada por los mismos condóminos con el auxilio de los conocimientos periciales de un tercero. Esta nuestra opinión, lejos de oponerse, parece conformarse con la letra del citado art. 402 del Código civil, que encomienda, en primer término, á los interesados la partición de los bienes de la comunidad.

Nuestro Código ordena en el apartado segundo del art. 402, que cuando la partición de los bienes y derechos de la comunidad se hiciere por árbitros ó amigables componedores nombrados á voluntad de los comuneros, deberán aquéllos formar partes proporcionadas á las respectivas cuotas de cada interesado, evitando, en cuanto sea posible, los suplementos á metálico. Este precepto, so-

bria y lacónicamente expresado por el legislador, conviene también sea cumplido en la partición efectuada por los mismos condóminos, é igualmente habrá de serlo si aquélla se hiciese judicialmente, teniendo presente que, según el art. 406, son aplicables á este caso lo que para la partición de herencia se previene en los artículos 1061 y 1062 del mismo Código.

Hubiera sido oficioso que la ley descendiese á dictar reglas para realizar el acto material de la división, reglas que son, en último término, de buen sentido, y que sólo deben fijarlas la necesaria concordia y la indispensable equidad que habrán de presidir en dichas operaciones á fin de no perjudicar á unos ni favorecer á otros, en detrimento siempre de los principios de equidad que han de ser la norma de la división en toda comunidad. Unicamente se establece en el art. 404, que cuando el todo ó parte de la cosa común fuese absolutamente indivisible, y no hubiere acuerdo entre los condóminos para que se adjudique á uno de ellos indemnizando á los demás, habrá de venderse y repartir su importe á justa proporción de las respectivas cuotas de todos los partícipes. Este caso, como á primera vista se comprende, es esencialmente distinto del previsto en el art. 401, porque allí se trata de una cosa que, si se dividiese, resultaría inservible, según su naturaleza y destino, v. gr.: un patio, una fuente, un abrevadero, que sirven á una ó varias fincas, y aquí se habla de un objeto *indivisible en sí mismo,* por ejemplo, un establecimiento fabril, un caballo, etc., etc., poseído *proindiviso* por dos ó más personas á título de comunidad.

Cuando en la partición de los bienes comunes hay algún interesado menor de edad, incapacitado, ó declarado en ausencia, fuera de los casos exceptuados por la ley, ó cuando, finalmente, surja discordia entre los partícipes, se hace, según ya se ha indicado, indispensable la división judicial. El Código no establece, ni indica, un procedimiento especial, circunscribiéndose únicamente á consignar (art. 406) que serán aplicables á la división entre los interesados en la comunidad las reglas concernientes á la partición de herencia. Por consiguiente, para obtener la aprobación judicial, habrán de observarse los trámites establecidos en los artículos 1077

y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, como se ordena en el 1050 de la misma ley.

III

Intervención de los acreedores y cesionarios de los condueños en la división de la cosa común.

El art. 403 del Código civil otorga á los cesionarios y á los acreedores de los partícipes: 1.°, el derecho de concurrir con los condueños á la división de la cosa común, y de oponerse á la que se verifique sin su concurso; y 2.°, el derecho de impugnar la división ya consumada, caso de fraude, ó de haberse aquélla practicado no obstante la formal oposición de los cesionarios ó acreedores, y salvo siempre los derechos del deudor ó del cedente para sostener su validez. Estas facultades se fundan en principios inconcusos del derecho: el cesionario se coloca en el lugar del cedente, y adquiere todos los derechos que éste tuviese sobre la cosa cedida, y todos los bienes del deudor están sujetos al pago de sus obligaciones. De ahí el que, por el interés directo que tienen en el asunto, á unos y á otros, á cesionarios y acreedores, se les faculte para poder, no sólo concurrir, sino también oponerse al acto de la división de la cosa común, y para impugnar la ya consumada, cuando haya sido realizada en su fraude ó con perjuicio de sus derechos é intereses.

Esta atribución es meramente potestativa, según se comprende á la simple lectura del art. 403 del Código civil; y por ello las operaciones divisorias serán válidas, sin necesidad de que los condóminos citen de modo previo á los cesionarios ó acreedores, tanto porque la ley no exige semejante citación, cuanto porque en caso alguno estima indispensable la concurrencia al acto de otras personas que las de los partícipes en la comunidad. Lo que dispone el Código civil en el asunto, es que, consumada la división, sin haber concurrido á ella los cesionarios ó acreedores, podrán éstos impugnarla en el caso de haberse cometido *fraude,* esto es, perjuicio dolosamente causado á tercero, y asimismo tendrán el derecho de impugnación, siempre que habiendo concurrido

aquéllos á la partición y formulado solemne oposición, hubieren sido, no obstante, las particiones aprobadas. La acción rescisoria deducida en juicio ordinario y dentro de los cuatro años siguientes á la fecha en que fueron aprobadas por todos los partícipes, ó por el juez, según los casos, las operaciones divisorias, es la procedente, de modo general, á dar eficacia al derecho de los cesionarios y acreedores en la comunidad. Es muy de tener en cuenta, por lo que hace á la virtualidad de la acción rescisoria que compete á los cesionarios y acreedores, lo prevenido en los artículos 36, 37 y 38 de la vigente ley Hipotecaria, cuando al ser aquella acción ejercitada, los bienes de la comunidad hubieren ya pasado, por efecto de la división consumada, á tercero que haya oportunamente inscrito los títulos de su derecho, pues, aun mediando fraude, prescribe entonces al año la acción de rescisión á contar desde el día de la enajenación ó cesión fraudulentas, quedando, sin embargo, á salvo al perjudicado la acción personal para reclamar los daños y perjuicios de quien los hubiese efectivamente causado. Es igualmente oportuno recordar que la acción rescisoria es de carácter subsidiario, y no podrá utilizarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del daño; y por último, que para las personas constituídas en tutela y para los ausentes, el término de la prescripción habrá de contarse desde el día en que cesase la incapacidad, ó fuere conocido el domicilio de los ausentes.

La facultad otorgada á los cesionarios y acreedores de los partícipes, no puede desaparecer aun cuando estos ofrezcan garantizar debidamente á aquéllos la seguridad de sus créditos, ó desde luego les abonen su importe, si los acreedores ó cesionarios no renuncian al ejercicio de su derecho ante tal ofrecimiento ó solvencia. Su intervención no viene en nuestro Código civil, cual acontece en el francés (art. 841), condicionada á tal particular, antes bien, como verdaderos interesados en la cosa común, se les reconoce absolutamente, tanto la atribución de concurrir á la división y de oponerse á ella, como la de atacar la partición consumada, cuando al verificarla se hubiera cometido fraude.

Tampoco la ley distingue á qué clase de acreedores se otorga tal derecho, por lo cual es forzoso convenir en que no sólo los hipotecarios ó privilegiados, sino los de cualquier categoría, que lo fueren por título de enajenación, permuta, donación, cesión ú otra obligación de naturaleza real ó personal, podrán concurrir ú oponerse, cuando la comunidad llegue al estado de ser divididos sus bienes. Lo que sí es requisito indispensable es que los créditos no sean ni anteriores á la constitución de la comunidad, ni posteriores á la fecha en que ésta acordó la división de bienes. Si los créditos son anteriores á la comunión, subsistiría siempre la acción correspondiente contra el deudor con exclusión de todos los otros condóminos, salvo en la comunidad por coherencia, tratándose de deudas contraídas por el testador ó causahabiente, las cuales pesarían, como es sabido, sobre la masa hereditaria y consiguientemente sobre todos los coherederos, quienes podrían, no obstante, librarse de ellas renunciando la herencia ó amparándose á los beneficios legales, pero otorgando tales créditos á sus legítimos poseedores derecho á intervenir en la partición de bienes. Y si fuesen posteriores á la división, es evidente que carecería de eficacia todo derecho contra la comunidad que á la fecha de la deuda había ya dejado de serlo.

Conviene recordar también en la materia que las deudas pueden reconocer en cuanto á su naturaleza tres orígenes: 1.°, que hayan sido contraídas durante la comunidad por un condómino de modo privativo y en su particular beneficio: 2.°, que lo hubieren sido en pro de la comunidad y subsistente aún la indivisión; y 3.°, que la deuda se contrajese de modo colectivo, sin expresión de cuotas y sin haberse estipulado solidaridad entre los condóminos. En el primer supuesto, como el condueño, en uso del ejercicio de sus derechos de propiedad, contrajo privativamente la deuda, responderá de ella la cuota adjudicable al dividirse la comunión: en el segundo tampoco vendrán obligados los demás comuneros, salvo la acción de reembolso del que hubiera pagado en nombre de los demás; y en el tercero, todos los partícipes estarán obligados al acreedor de manera proporcional á su cuota respectiva.

El derecho de pedir la división de los bienes de la comunidad, ¿está también otorgado á los cesionarios y acreedores de los partícipes? Esta cuestión, muy ampliamente tratada por los comentaristas del código italiano, no tiene á la verdad gran importancia, y á nuestro juicio no es difícil acertar con una adecuada solución. Fornari (V. obra citada, § 157 y siguientes) entiende que tanto los cesionarios como los acreedores pueden, al igual de los partícipes, demandar la división de la comunidad. Funda su doctrina dicho escritor en que cuando el acreedor hubiese de realizar su crédito y para ello decretase la autoridad judicial la subasta de bienes, como es un principio admitido en las leyes que aquélla no puede ser ejecutada por la parte indivisa de un inmueble á instancia de quien no sea acreedor de todos los copropietarios sin que preceda la división, debe el acreedor al proceder judicialmente solicitar la división de la comunidad, aun cuando no la consientan los demás condóminos, conviniendo el aludido tratadista en que, salvo algún caso aislado, la jurisprudencia de los Tribunales de Italia es opuesta á su opinión.

Sin duda alguna que se hace preciso para resolver el problema establecer previamente una importantísima distinción. Porque si se trata de un cesionario á quien un condómino, en virtud de las atribuciones que para ello le otorga el art. 399 de nuestro Código civil, ha traspasado sus derechos en la comunidad, subrrogándole en su propia persona, como quiera que tal cesión coloca al cesionario en el lugar del cedente, podrá aquél pedir cese la indivisión en cualquier tiempo, puesto que, jurídicamente hablando, no es otra cosa que uno de los diversos copropietarios en la comunión. Mas si el interesado lo es por título de acreedor común ó hipotecario, desde luego no deberá reconocérsele tal derecho. Es cierto que cada comunero podrá, mientras subsista la indivisión, donar, enajenar, permutar y aun *hipotecar su cuota indivisa* y que los acreedores podrán hacerla embargar y vender sin esperar á que sea un hecho la división; pero no lo es menos que limitados los efectos de tales créditos á la porción que al deudor se adjudique al cesar la comunidad, porción hasta entonces abstracta, realmente ideal, y por ello indetermi-

nada, la venta judicial, aun caso de hipoteca, no lo será de este ó aquel mueble ó inmueble, sino de la cuota que represente la participación del deudor en el todo de lo común é indiviso, porque, como acertadamente dice el código portugués (art. 2177), «el copropietario, mientras la cosa permanece indivisa; no puede disponer *determinadamente* de una parte del objeto común, sin que de modo previo le haya sido asignado en la partición». Nuestra jurisprudencia así lo ha establecido expresamente (V. sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Octubre de 1866 y 18 de Noviembre de 1879). Lo que ocurrirá respecto á la hipoteca es, que si al hacerse la partición correspondiesen uno ó varios inmuebles al deudor, sobre ellos radicará la anteriormente constituída, y por el contrario, si solamente le correspondiesen muebles ó semovientes, como el efecto del gravamen se subordina al hecho de lo que en definitiva se adjudique al partícipe (art. 399 del Código civil), no tendrá aquél efecto alguno. De ahí que nuestro Código civil no conceda el derecho de pedir la división (art. 400) más que á los copropietarios, y si no habla de los cesionarios subrrogados en su lugar, es sencillamente porque siendo éstos la continuación de la persona jurídica de aquéllos, hubiera sido el nombrarlos expresamente una verdadera é inútil redundancia.

¿Podrá pedir la división de la comunidad el copropietario que no tenga debidamente inscrita su participación en el Registro de la propiedad? Es un principio cardinal de nuestra vigente ley Hipotecaria el de que la inscripción en el Registro no es obligatoria, y en nada influye la carencia de inscripción para la validez y eficacia de lo convenido entre las partes y de lo que de la misma escritura ó documento resultase; defecto ú omisión que sólo puede fructuosamente invocarse cuando se trate de los derechos de un tercero. De ahí que, aun no teniendo un partícipe inscrita previamente su cuota, pueda pedir la división y obligar á que la realicen los demás copropietarios. La mayor dificultad habrá de presentarse al tratar de inscribir en el Registro la escritura particional, puesto que tal documento no es inscribible sin que á la división concurran todos los interesados (Res. de la Dirección de los Registros de 10 de Septiembre de 1864), no pudiendo éstos ejercer,

por tanto, acto alguno de dominio sobre los inmuebles, ya divididos, sin la inscripción previa de la división. (Res. de 15 de Abril de 1893.)

IV

Inscripción de la escritura de división de bienes comunes.

La inscripción en el Registro de la propiedad de la escritura pública de división y adjudicación de los bienes inmuebles que pertenecieron á la comunidad, es desde luego un acto sujeto á las prescripciones del art. 2.º de la vigente ley Hipotecaria, porque la división es título modificativo y traslativo á la vez de dominio, y como tal inscribible.

Si se trata de la comunidad hereditaria, la herencia es, asimismo, título de inscripción, según el art. 23 de la ley Hipotecaria, sin que, según acertadamente determina la Resolución de la Dirección de los Registros de 16 de Diciembre de 1876 distinga la citada ley entre la sucesión testada ó intestada, ni tampoco entre la herencia previamente aceptada ó que lo haya sido bajo ciertas salvedades ó condiciones.

En términos generales, pues, ninguna dificultad extraordinaria habrá de presentarse al inscribir la escritura particional á los efectos de los arts. 18 al 21 de la ley Hipotecaria; pero es requisito indispensable que al otorgamiento de la partición hubiesen concurrido todos los interesados, sin que ninguno de ellos en particular pueda ejercer actos de dominio sobre los inmuebles ya divididos, sin la inscripción previa de la división. (Res. de 10 de Septiembre de 1864; 19 de Noviembre de 1889 y 15 de Abril de 1893.)

Si mientras subsistió el estado de indivisión constaba inscrita la participación alícuota de cada interesado, realmente después de procederse á inscribir la escritura particional, adjudicando á cada interesado su porción respectiva, no es necesario hacer en el Registro otra nueva inscripción á favor de todos los partícipes, bastando, como entienden ilustrados tratadistas, la que ya existe para que los aludidos partícipes inscriban la parte que á cada uno de ellos co-

rresponde en la adjudicación. Mas si la finca ó fincas que constituyen el entero de la comunidad aparecieren inscritas proindiviso, sin especificación de partes alícuotas, habrá de inscribirse la escritura en que se adjudiquen aquéllas, porque existe entonces una verdadera modificación del dominio desde el instante en que se señalen en el título que se presenta al Registro porciones, siquiera éstas sean realmente inmateriales. (*Comentarios á la legislación hipotecaria,* Galindo y Escosura, tomo I, § 62.) La propia doctrina es aplicable á toda clase de comunidad de bienes que no proceda de título de coherencia, rigiendo en la materia los principios generales sentados en la ley Hipotecaria sobre inscripción de fincas indivisas, tanto durante el condominio, como una vez practicada la división. Según esos principios, la propiedad proindiviso debe ser inscrita con un número común al entero que constituye la indivisión, sin que se detallen la finca ó fincas de cada partícipe, bastando consignar la cuota de cada uno de éstos en el todo indiviso, conservándose siempre el mismo número de origen en las anotaciones de sucesivas transmisiones que hicieren los condueños de su porción á otras personas pertenecientes á su comunidad, ó ajenas á la misma, en virtud del derecho que les otorga el art. 399 del Código civil, hasta que realizada la adjudicación y una vez disuelta la comunión, cada finca ó suerte de ella ya adjudicada, adquiera su número particular.

Las dudas han surgido de que la jurisprudencia hipotecaria ha exigido (Resoluciones de 10 de Septiembre de 1864 y 19 de Noviembre de 1889) la concurrencia de *todos los partícipes* al otorgamiento de la escritura de división, la cual, en otro caso, adolece de un vicio que la invalida y la hace no inscribible, según afirma categóricamente la última de las dos citadas Resoluciones.

Ahora bien, se ha preguntado, si la escritura de división de bienes de cualquier especie de comunidad no puede ser inscrita sin que á su otorgamiento concurran todos, absolutamento todos los interesados, y si ocurriere que algún partícipe no tuviere previamente inscrita su porción, ¿cómo quedaría á salvo el derecho de cada porcionero á pedir en cualquier tiempo la división de lo común, y á que mediante la inscripción del documento divisorio surtiese sus efectos

jurídicos la partición practicada? Y al dar solución á esta pregunta, han confundido algunos jurisconsultos el derecho indiscutible de pedir el comunero la disolución de la comunidad, con la facultad otorgada á los poseedores de derechos reales para solicitar ó no la inscripción en el Registro de la propiedad; términos bien diferentes y que deben ser desde luego separados.

Según el art. 400 del Código civil, todo condómino puede demandar en cualquier tiempo, ó al espirar el término pactado, si mediase convención expresa, que cese la comunidad, solicitando al efecto la necesaria división. Y esa facultad privativa del partícipe sería ociosa é ineficaz, si la ley no autorizase á aquél para evitar que su derecho personalísimo pudiese ser burlado por la oposición caprichosa de los otros. De ahí que si algún condueño se negase á otorgar la escritura particional, vendrían facultados los demás para compelerle judicialmente á su otorgamiento; con lo cual, al presentarse el documento al Registro, se habrían llenado las exigencias de la jurisprudencia hipotecaria, puesto que todos los partícipes habían concurrido á la formalización de la escritura divisional.

Mas como quiera que, según el principio establecido en el artículo 20 de la ley Hipotecaria (Res. de la Direc. de 7 de Diciembre de 1892, *Gac*, de 21 de Febrero de 1893), para que puedan inscribirse en el Registro los actos y contratos de transmisión de bienes inmuebles ó derechos reales, es requisito esencial que tales bienes y derechos se hallen precisamente inscritos á nombre de la persona que les transmita; si alguno de los partícipes no tenía al hacerse la división inscrita su cuota, ¿podrían el uno ú otros condóminos obligarle á inscribir? Parécenos que nó; porque la inscripción es siempre voluntaria, y ni la ley Hipotecaria ni ninguna otra, daría medios adecuados á los partícipes para hacer efectiva la supuesta facultad. De otra parte, la no inscripción de su cuota por un porcionero, jamás podría lastimar el derecho privativo de los otros que inscribieron. Lo que á nuestro entender ocurriría es que llenado el requisito de la concurrencia de todos los interesados al otorgamiento de la escritura de división, ésta sería inscrita, debiendo mencionarse en ella, conforme exige el art. 29 de la ley Hi-

potecaria, la participación de cada interesado, pero no inscribiéndose la consolidación del dominio, sino á favor de aquellos que previamente hubiesen inscrito sus partes alícuotas, pudiendo, quienes careciesen de títulos, suplirlo en los términos fijados por el art. 6.º de la ley de 17 de Julio de 1877, ó si, teniéndole, no lo hubiesen presentado al Registro, cumplir tal requisito, sin lo cual no sufrirían perjuicio los derechos de tercero, en relación con los del partícipe, que no pudo ó no quiso inscribir oportunamente su parte alícuota en la comunidad.

También se ha suscitado por algún tratadista la duda de si el condómino que no hubiese inscrito en el Registro de la propiedad su porción en la comunidad, estaría capacitado para pedir á los otros la división. Y á la verdad, con sólo recordar que los efectos jurídicos de la falta de inscripción han de relacionarse con los derechos de tercero, y nunca con las relaciones jurídicas que nacen entre los mismos contrayentes, carácter que tienen entre sí los comuneros al estipular las bases de la división de lo que á todos es común, habrá de comprenderse que no obsta á que judicial ó extrajudicialmente obliguen á los otros copartícipes al otorgamiento de la escritura particional, tengan ó no aquéllos inscritas sus porciones en el Registro, cuando quieran ejercitar el derecho que el art. 400 del Código civil les atribuye. Es un principio sancionado en nuestra jurisprudencia que la falta de registro de una escritura ó documento público en nada influye para la validez y consecuencia de lo que en ella se convino entre las partes (sentencia de 21 de Diciembre de 1861), de cuya doctrina se deduce que los condueños, hayan ó no inscrito en el Registro sus particiones respectivas, pueden ejercitar entre sí todas las acciones que nazcan del hecho jurídico de la comunidad, y por tanto, pedir la disolución de ella en los términos consignados por el repetido artículo de nuestro Código civil, puesto que la carencia de la inscripción sólo perjudica á los comuneros en su relación con los terceros, y extraños por tanto á la comunidad.

Por último, y como ya se ha consignado anteriormente, no siendo la inscripción obligatoria, el condómino no podría hacer

otra cosa que inscribir su participación proporcional, porque aun cuando tenga un indiscutible derecho á compeler á los otros partícipes para concurrir al otorgamiento de la escritura divisional, nunca podría obligarles á inscribir previamente sus cuotas; por todo lo cual creemos que con la concurrencia al otorgamiento de la escritura de todos, absolutamente todos los interesados, se habrían llenado los requisitos exigidos para que el documento de la partición fuese debidamente inscrito, sin perjuicio de que tengan que inscribir sus cuotas aquellos que en su día no lo hicieran, si han de poder verificar en los bienes divididos sucesivos actos traslativos de dominio, por lo relativo á la porción que en la partición les resultase definitivamente adjudicada.

V

Efectos jurídicos de la comunidad de bienes.

Los efectos jurídicos que el acto de la división de los bienes y derechos de la comunidad produce, deben ser estudiados, en orden á las personas de los comuneros, relativamente á las cosas que constituyen la comunión, y finalmente, por lo que se refiere á los derechos de tercero.

Efectos jurídicos de la división respecto á las personas de los comuneros.—Los principales son los siguientes:

1.º La consolidación ó el dominio de cada partícipe sobre su cuota respectiva en lo antes indiviso; cuota que mediante la partición se convierte de indeterminada y abstracta en cierta y efectiva, y poseída desde luego á título, no de copropiedad, sino de dominio particular sobre lo adjudicado. Ya se ha dicho que la división de lo común es *traslativa* y no *declarativa* de la propiedad, porque con aquel acto los derechos dominicales del condueño, reconocidos de modo expreso en el art. 399 del Código civil durante la permanencia del condominio, no se alteran en modo alguno al dividirse las cosas comunes entre los adjudicatarios, sino que simplemente se trasmiten y consolidan, variando, en conclusión, no la esencia, antes bien, la forma del derecho real de dominio.

2.º Que cada uno de los partícipes en la cosa común, se entiende por ministerio de la ley haber poseído exclusivamente durante la indivisión la cuota que al disolverse la comunidad le corresponda, perjudicando á todos los condueños la interrupción de la posesión en el todo ó parte de los bienes indivisos (art. 450 del Código civil), de igual manera que la prescripción ganada por cualquiera de los partícipes aprovecha á todos los demás (art. 1933 del citado Código).

3.º Que caso de servidumbre y de ser dividido el predio dominante entre dos ó más porcioneros, cada uno de ellos tiene derecho á usar por entero de la servidumbre, siempre que no altere el lugar de su uso, ni la agrave de cualquier otra manera (arts. 531 y 535 del Código civil).

4.º Que los comuneros, al dividirse lo que á ellos es común, tienen derecho á reclamar de los otros copartícipes los pagos que hubiesen hecho por cuenta de la comunidad, y á que, asimismo, se les rinda cuenta de la administración y se les entreguen las rentas ó frutos percibidos, ocasionándose la culpa jurídica caso de negligencia en la gestión de los administradores, y surgiendo, por último, las acciones otorgadas en las leyes para deducir las consiguientes responsabilidades si hubiere mediado dolo; pero entendiéndose únicamente viable su acción en cuanto á la indemnización de perjuicios por hechos anteriores al acto divisorio y en proporción á sus cuotas respectivas, sin que la cláusula contraria consignada en la escritura particional tenga efectos de derecho cuando se hubiese cometido fraude.

5.º Que los comuneros responden mutuamente, una vez consumada la partición, de la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados, salvo estipulación contraria, ó cuando aquella proceda de actos posteriores á la división, ó haya sido ocasionada por iguales causas que el derecho admite para la rescisión de los contratos, y por lesión en más de la cuarta parte del valor de lo adjudicado, estimado, como es natural, el aprecio al tiempo de la adjudicación de los bienes á los partícipes.

Efectos jurídicos de la división, relativamente á los bienes y

derechos de la comunidad.—Verificada la partición de los bienes y derechos comunes, aun cuando cada partícipe ejerce ya de modo singular el dominio sobre lo que le haya sido adjudicado, subsisten de modo indivisible: 1.° Las servidumbres afectas al inmueble. 2.° Las hipotecas; y 3.° Los censos constituídos sobre las fincas de la comunidad.

Servidumbres.—El principio de la indivisibilidad de las servidumbres, que, como regla general, establece el art. 535 del Código civil, ha dicho nuestro Tribunal Supremo, tiene por objeto mantener en su originaria integridad el gravamen en que consistan, aun en el caso de dividirse entre dos ó más el predio que las disfruta ó el que las sufre (sent. de 11 de Noviembre de 1892); siendo igualmente doctrina de nuestro Tribunal de Casación (sent. de 26 de Junio de 1893), que, á no mediar pacto expreso en contrario, al dividirse dos ó más predios que entre sí tienen alguna servidumbre establecida, sin que se estipule en el acto de la división un modo de disfrute distinto del que regía con anterioridad, habrá de entenderse que aquella subsiste, siendo el signo aparente, título suficiente á la continuación y existencia jurídica de la servidumbre.

Por manera que, de conformidad á la doctrina que venimos exponiendo, que es la admitida en nuestro Código civil, aun verificada la división, continúan en toda su perfecta integridad las servidumbres que benefician ó gravan al inmueble, disfrutándolas ó prestándolas todos los adjudicatarios de aquél en su totalidad; debiendo tenerse muy presente en la materia lo establecido para la división de las servidumbres de riego y acueducto en la ley de 13 de Junio de 1879, sobre propiedad de las aguas. A estos derechos, realmente indivisibles, denomina el Código argentino con acierto derechos de indivisión forzosa.

Hipoteca.—No es menos esencial que á la servidumbre la nota de indivisibilidad que caracteriza al derecho de hipoteca constituído para la seguridad de las obligaciones personales. El art. 123 de nuestra vigente ley Hipotecaria claramente establece, que «si una finca hipotecada se dividiese en dos ó más, no se distribuirá

entre las nuevas porciones de la finca dividida el crédito á que aquella servía de garantía, á menos que voluntariamente así lo acordasen el acreedor y el deudor.» Ese principio de la indivisibilidad hipotecaria estaba exactamente formulado en aquel aforismo de los antiguos juristas: «*Omnis hypotheca sive legis, sive hominis, est tota in totum, et tota in qualibet parte.*»

Ahora bien; la teoría general de lo indivisible de la hipoteca ha de subordinarse á lo dispuesto en el último apartado del art. 399 del Código civil. De modo, que en el supuesto de que el gravamen hipotecario deba su origen á una obligación privativa del condómino contraída por éste durante el proindiviso, la hipoteca queda, en cuanto á sus efectos jurídicos, limitada, como dijimos al estudiar aquel artículo, á la porción que corresponda al obligado al disolverse la comunidad. Los precedentes del Derecho romano (L. 6.ª D. com. div.) son contrarios á esa doctrina, porque, según el texto de la citada ley, si quien como partícipe en el proindiviso constituyere hipoteca, no sólo obligaba su parte, sino que quedaban ligados en iguales porciones los restantes comuneros. Nuestro Código civil, como todos los códigos modernos, inspirado en la esencialidad jurídica del condominio, y entendiendo que durante la comunión cada condueño es, en efecto, propietario de su cuota indeterminada, y que verificada la división se reconoce que sobre lo en ella adjudicado fué poseedor mientras subsistió la copropiedad, lo cual excluye los derechos dominicales de los otros copartícipes, admiten la eficacia de la obligación hipotecaria, pero circunscrita á la cuota cierta que en la división sea asignada al deudor con hipoteca.

Censos.—Cuando las fincas de la comunidad se hallen gravadas con censos, no podrán ser divididas entre los partícipes sin el consentimiento expreso del censualista. Es á este particular muy importante la doctrina consignada en los arts. 1618 y 1619 de nuestro Código civil, que no permiten, sin el consentimiento de la persona á cuyo favor subsiste el derecho real de censo, ni aun la adjudicación por título hereditario entre diversos coherederos de la finca gravada con la carga censual, debiendo sacarse á licitación

entre los partícipes, y caso de no ponerse de acuerdo, ó de no ofrecerse por alguno de los interesados el precio de la tasación, habrá necesariamente que venderla con la carga y repartirse el precio entre todos los interesados; cuyas prevenciones son rigurosamente aplicables á toda especie de comunidad de bienes, incluso la producida por título hereditario.

Efectos jurídicos de la división respecto á terceros.—La división de las cosas ó derechos de la comunidad, es de modo ordinario un acto esencialmente convencional y obra exclusiva de la voluntad de los condóminos, salvo las excepciones relativas á ciertas comunidades establecidas por la ley, para las cuales rigen, en cuanto á su disolución, principios especialísimos ya estudiados en su lugar oportuno. Consiguientemente á esta doctrina, el Código civil establece en su art. 405, que la división de una comunidad no perjudicará á tercero, quien desde luego conserva íntegros los *derechos reales* que le pertenecían antes de haber sido hecha la partición de lo común. Habla, asimismo, el Código de la subsistencia posterior al acto divisorio de los *derechos personales* de terceros; pero, como luego veremos, atendida la naturaleza jurídica de esa última clase de derechos, es algún tanto diversa la extensión de sus efectos, según se contraigan éstos á la comunidad en general, ó simplemente á los adjudicatarios de los bienes de la extinguida comunión.

Tiene la consideración de tercero, respecto del acto de la partición de los bienes de la comunidad, quien no interviene en ella de modo alguno, y según el art. 27 de la ley Hipotecaria, se estima tercero respecto á los títulos inscritos, aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato motivo de la inscripción (1). Interpretando el alcance del art. 27 citado, en relación con el 283 de la propia

(1) Sobre quien deba reputarse tercero, según la ley Hipotecaria vigente en Cuba y Puerto Rico, debe consultarse la Real orden de 28 de Noviembre de 1894 (*Gaceta* de 30 del propio mes), expedida por el Ministerio de Ultramar con motivo de la consulta elevada por el Registrador de San Antonio de los Baños.

ley Hipotecaria, ha establecido nuestro Tribunal de Casación: que no puede invocar útilmente la cualidad de tercero, quien, habiendo adquirido las respectivas participaciones que en el inmueble tenían proindiviso otros sujetos, con él demandados en juicio, se convirtió en único propietario, habiendo adquirido durante la sustanciación del pleito completa noticia de las reclamaciones presentadas contra los bienes sin que por otra parte hubiese términos hábiles de alterar la situación de la cosa cuestionada, por lo cual, el que sin razón se suponía tercero, había hecho suyas las responsabilidades de los antiguos condóminos, y no era dable separar, por el estado de indivisión de la finca, su responsabilidad personal de los demás demandados. (Sent. de 23 de Diciembre de 1885.)

El art. 405 habla de los efectos de la división, lo mismo respecto á los terceros que lo fuesen por virtud de un derecho real, como relativamente de aquellos que ostenten únicamente un derecho de carácter personal. Pero si ha de ser comprendido debidamente el alcance de lo en dicho artículo dispuesto, será preciso estudiar, con la separación debida, una y otra clase de terceros acreedores.

Serán terceros por virtud de un derecho real, los que lo sean á título de hipoteca, censo, enfiteusis, servidumbre, usufructo, uso y habitación. Por lo que hace á los terceros poseedores de crédito hipotecario, si éste es contra la comunidad, al dividirse la finca ó fincas á que la hipoteca afecta, quedará siempre á salvo el derecho del acreedor para repetir contra la totalidad del inmueble, sin que desaparezcan sus acciones, aun cuando la finca ó fincas divididas hubiesen pasado á otras personas distintas de la de los adjudicatarios, sin perjuicio de poder el deudor liberar la carga en los términos establecidos por los arts. 124 y siguientes de la ley Hipotecaria. Mas si el tercero es acreedor con hipoteca en la porción que al condómino pudiera corresponderle en la adjudicación, quedará, como es sabido, limitada en su extensión aquélla á lo que en realidad resulte adjudicado al deudor, y si no recibiese inmuebles en la partición, la garantía no tendrá eficacia alguna, fuera de

haberse cometido fraude. Rige idéntica doctrina cuando se trate de acreedores que lo sean á título de censo ó enfiteusis, puesto que lo mismo que los hipotecarios están capacitados para repetir contra cualquier poseedor de la finca ó fincas divididas, si no habiendo concurrido á la división, no pudieron ejercitar los derechos que á tales acreedores otorgan los arts. 1618 y 1619 del Código civil.

En cuanto á las servidumbres de las fincas de la comunidad, los extraños á ella que tengan constituido á su favor tal derecho continuarán disfrutándole en iguales términos que si la división no se hubiese verificado.

Establece, finalmente, el art. 490 del Código civil, que al cesar la comunidad por la división, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se adjudique al propietario ó antiguo condueño; doctrina extensiva á los derechos de uso y habitación, según lo dispuesto en el art. 528 del propio Código civil.

Cuando los derechos que un tercero posea sean de naturaleza personal, habrá de distinguirse si aquéllos proceden de una obligación privativa del condómino durante el proindiviso, ó de una obligación contraída por acuerdo de la comunidad colectivamente, sin expresión de cuotas y sin haberse estipulado solidaridad. Si el crédito debe su origen á una obligación de uno ó varios partícipes, contraída de modo privativo, el acreedor sólo tendrá acción contra el obligado ú obligados, estándolo en el otro caso todos los adjudicatarios por partes iguales, salvo el derecho de cada uno contra los otros para que se le abone lo que haya pagado de más en relación á su cuota adjudicada en la división. La naturaleza jurídica de las obligaciones, y las reglas que sobre la materia establece el cap. 3.º, tít. 1.º, libro 4.º del presente Código civil, son en un todo aplicables al asunto, por lo cual no es necesario ocuparnos con mayor extensión de los efectos de los créditos de carácter personal poseídos por tercero, una vez hecha la división de los bienes comunes.

Por último, y en perfecta consonancia con lo dispuesto en el art. 403 del Código civil, unos y otros acreedores terceros, ya lo

sean por virtud de derecho real, ya con motivo de obligación personal, podrán ejercitar contra la división realizada, no obstante su oposición, ó mediando fraude, las acciones de nulidad y rescisorias correspondientes, en los términos expuestos al tratar en estos *Comentarios* de la intervención de los acreedores en la división de los bienes y derechos de la comunidad.

TITULO IV

DE ALGUNAS PROPIEDADES ESPECIALES

I

Trátase por el Código civil en este tít. 4.°, de regular, dentro de los límites impuestos por el criterio que veremos ha presidido en su redacción, ciertas formas especiales de la propiedad. El Código indica en el epígrafe mismo con que abre este título, que se comprenden en él *algunas* de estas formas, y en efecto, desde luego se advierte que las tales formas son, las de la propiedad de las *aguas*, de las *minas* y la llamada *intelectual*. El Código, como se ve, no comprende, por de pronto, otra propiedad especial también al modo de las indicadas, cual es la *industrial*.

Pero prescindiendo, por ahora, de hacer consideración alguna acerca de las razones generales que el legislador tuvo para comprender en una de las bases, con arreglo á las cuales habría de redactarse luego el Código civil, la propiedad de las aguas, de las minas y de los productos intelectuales, conviene, ante todo, fijarnos en la cuestión que primero se presenta en el orden lógico de este comentario; tal es, la de porqué las propiedades de las aguas, de los minerales é intelectual son *especiales*; ó en otros términos, ¿en qué consiste la *especialidad* de estas propiedades? Cuestión esta que, una vez resuelta, nos dará la clave, en parte, de por qué el legislador se ha creído en el caso de dedicarles una atención particular, en virtud de la que debe inferirse que están sujetas á condiciones distintas de aquellas á que aparece sujeta la propiedad en general.

Para responder á la cuestión que acabamos de proponernos,

basta fijarse en la naturaleza misma de las propiedades de que se trata. En efecto; es opinión bastante seguida, la que admite que la relación *económica* y *jurídica* de propiedad, pueda diferenciarse, bien por razón del *sujeto* (propiedad individual y colectiva, por ejemplo), bien por razón del *objeto* (propiedad mueble, inmueble, etc.), bien por razón de la *relación misma* (propiedad plena y menos plena, v. gr.). Esta diferenciación que aparte de la riqueza de formas que en sí misma entraña, es causa de la variedad verdaderamente confusa é infinita de las formas históricas de la propiedad, determina en el orden jurídico ordenaciones distintas, exigidas por las condiciones bajo que tienen que desenvolverse (1). El Código civil, que no es ni podía ser un tratado doctrinal sistemático, y que ha luchado en su elaboración con tan encontrados criterios históricos y filosóficos, no desenvuelve, como se ha podido observar, de un modo orgánico y científico el contenido vario de la relación jurídica de propiedad, señalando primero las condiciones y principios generales de la misma *en sí* y significando luego los especiales de cada una de las formas fundamentales ó históricas de dicha relación. Aparte de las indicaciones que en su lugar respectivo pueden verse hechas, tocante á la propiedad como mueble ó inmueble, fungible ó no fungible (bienes, objeto), pública ó privada, individual ó colectiva (la propiedad ó el objeto de esta según la persona á que pertenece: sujeto), plena ó modificada, etc. (propiedad en la relación); el Código civil conceptúa como de la idea general y común de la propiedad y de ciertos estados suyos, todo lo contenido en los tres títulos anteriores, fijándose luego, en este que ahora comentamos, en ciertas propiedades por razón del *objeto*.

Pudiera acaso verse en esto una contradicción ó falta de orden por parte del legislador, pues no dejará de ocurrírsele á quien mire con cuidado estas cosas que desde el momento en que el Código no especifica la condición especial de las diversas formas actuales de la propiedad, parecía natural que no se ocupara, de un modo

---

(1) V. Giner, *Filosofía del Derecho*, pág. 303. Azcárate, *Historia del Derecho de propiedad*, tomo 3.°, pág. 7.

particular, como lo hace, de la propiedad especial de las aguas, de los minerales y de la intelectual; mucho más si se tiene en cuenta que el Código, para proceder como procede, hubo de separarse del criterio y plan adoptados por los mismos códigos extranjeros que suelen inspirarle. Pero la censura resultaría, de hacerse, por lo menos precipitada, pues el proceder del Código civil tiene, á nuestro modo de ver, en principio, una plena justificación.

En efecto, ¿quién puede negar que lo *especial* del objeto de la propiedad en las aguas, minas y propiedad intelectual, lo es en la época actual, ahora mismo, cuando el Código se elaboraba, de un modo eminente y acentuado? ¿No alcanzan en estos tiempos en que vivimos, á causa del gran desarrollo de la cultura y de las industrias, una importancia excepcionalísima los objetos indicados? ¿No ocurre, por otra parte, que en la gran indefinición práctica (y aun teórica) de las ramas del derecho positivo, gran parte del contenido del *derecho administrativo* lo constituyen esas tres clases de propiedades? Y ¿obraría bien el legislador español, si por seguir la rutina, y no teniendo presentes las exigencias del momento histórico, al codificar el *derecho civil*, prescindiese de estas propiedades, para dejarlas en absoluto á leyes especiales, que tienen un predominante carácter administrativo, sin hacer respecto de ellas declaración alguna? ¿No era más lógico sentar el principio fundamental, como en la ley de Bases se establece de cada una de las propiedades indicadas, sin perjuicio de dejar la parte reglamentaria y de detalle técnico á la legislación administrativa?

Creemos, en verdad, interpretar rectamente el propósito y espíritu del legislador al justificar su proceder, atendiendo: 1.°, á la especialidad de los objetos á que en el título de que tratamos se alude; 2.°, á la importancia histórica de los mismos, como contenido riquísimo de múltiples y complejas relaciones jurídicas, y 3.°, á la necesidad de recabar para el derecho civil la determinación fundamental de ciertas propiedades, que en su reglamentación caen en gran parte dentro de la esfera del derecho administrativo.

II

Hemos apuntado más arriba que el Código civil español se separa de los códigos extranjeros en que suele inspirarse, y que son los mas importantes, al tratar de las propiedades especiales. En efecto, los códigos civiles de Francia y Bélgica, el italiano y el proyecto de código civil alemán, por ejemplo, no dedican disposiciones particulares, al modo que lo hace el Código español, á las propiedades de que ahora hablamos. Son, en realidad, materias esencialmente administrativas, y sólo se refieren á algunas de ellas por incidencias y en las diferentes relaciones civiles en que las más veces pueden encontrarse en la vida social. No nos detendremos ahora á señalar dónde y cómo se hace esto por los citados códigos. Algo de ello lo haremos en su lugar oportuno. El código civil portugués, cuya distribución de materias ofrece una forma orgánica original y muy admirable en no pocos puntos, no considera tampoco como *propiedades especiales* las aguas, minas y obras del ingenio humano: refiérese á las dos primeras, al hablar de la adquisición de derechos, y habla de la propiedad intelectual como de una de las manifestaciones del trabajo en general. El código mejicano refiérese particularmente á las propiedades mineras é intelectuales, pero no al modo del español, sino como consecuencias de las manifestaciones de la actividad ó del trabajo humano.

III

Conviene, antes de pasar á examinar y comentar el articulado de este tít. 4.° del Código civil español, explicar, y al hacerlo, criticar el sistema legislativo aceptado y desenvuelto por el mismo, al ordenar jurídicamente la materia en que nos ocupamos. Al efecto, y para proceder adecuadamente, es preciso fijar en primer término las condiciones históricas bajo que se ofrecia el derecho positivo sobre aguas, minas y propiedad intelectual en el momento preciso

de la redacción del Código civil. Los autores de éste se encontraron al elaborarlo, con que, merced al gran empuje progresivo que en los tiempos modernos se realiza por el derecho administrativo, las materias de aguas, minas y propiedad intelectual, representativas de tres de los intereses individuales y colectivos más culminantes en la época actual, se hallaban unificadas, y esto de una manera especial, en monumentos legales, en los cuales, al lado de las determinaciones jurídicas respectivas, había todo lo que supone el desarrollo técnico, de carácter práctico, en la ordenación de índole administrativa, sobre todo, en las aguas y en la propiedad intelectual.

La situación era, en verdad, difícil y ocasionada á vacilaciones: ¿qué se hacía? ¿Se respetaba completamente lo legislado sin acudir á ello directamente? ¿Prescindiría el Código civil de fijar las condiciones jurídicas de esas formas de la relación económica de propiedad? O bien, respetando el sentido y aun la letra de las leyes especiales, ¿se trasladaban al Código las leyes íntegras ¿No implicaría esto una verdadera confusión entre el derecho civil, que debe considerar la relación de propiedad como tal y en sus efectos jurídicos, y el derecho administrativo, que debe comprender los detalles efectivos de la realización de esa relación en cuanto el Estado interviene en ella? Realmente, ¿no sería mejor adoptar un término medio, procurando hacer en lo legislado ya (supuesta la conveniencia de no modificarlo) una oportuna selección, en virtud de la cual se llevase al Código civil lo que tiene propiamente este carácter, y dejando fuera de él, el detalle, de carácter exclusivamente administrativo?

El legislador, ante la posibilidad de todas estas soluciones, se decidió *en principio* por la últimamente indicada. Y decimos *en principio*, porque así se infería de lo consignado en la base 10 de la ley de 11 de Mayo de 1888, siendo discutible el que los redactores del Código civil hayan estado siempre tan afortunados como fuera de desear al interpretar en el articulado el sentido y alcance de dicha base 10.

En efecto, según ésta dice, al determinar el criterio fundamental á que en su día debia ajustarse el Código civil en lo relativo á

la propiedad, «se incluirán en el Código las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades, como las aguas, las minas y las producciones científicas, literarias y artísticas, bajo el criterio de respetar las leyes particulares por que hoy se rigen en su sentido y disposiciones, y *deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de derechos* CIVILES y SUSTANTIVOS, *para incluirlo en el Codigo*».

Ahora bien: dos cuestiones de carácter práctico, aunque general, se presentan al considerar el contenido de esta base 10 en sí misma, como expresión del criterio del legislador, y en el desarrollo que de su concepto ha hecho éste en el tít. 4.°, en que nos ocupamos.

La primera de dichas cuestiones cabe formularla de la manera siguiente: el criterio adoptado en la base 10 para resolver la dificultad que ofrecía el estado histórico del derecho positivo, ¿es el más aceptable? En nuestro concepto, tal como aparece *expresado* en dicha base, así lo creemos. Las razones, quedan ya en parte indicadas. El Código civil no podía dejar en silencio las propiedades especiales, y el Código no podía limitarse á traer al articulado las leyes según están de hecho dictadas, porque tienen un carácter administrativo muy acentuado, que no encaja en los términos y esfera propia de un Código civil. Sin embargo, la forma particular como este criterio se desenvuelve en la citada base *(bajo el criterio de las leyes particulares por que hoy se rigen* las propiedades especiales *en su sentido y disposiciones),* que determina la consagración de dualidad de textos legales, puede ocasionar dificultades y confusiones en la práctica. A este propósito, un jurisconsulto como el Sr. Pedregal, deplora que el Código no hubiese ido más allá, y en el supuesto de no prescindir de tratar de las propiedades especiales, «se incluyera en el Código todo lo que concierne á la legislación civil, con relación á los derechos sobre aguas, minas y obras literarias, científicas y artísticas, reservando la parte reglamentaria para lo que es peculiar de la Administración pública» (1). Sin duda, se

(1) *Estudio crítico del Código civil español*, pág. 34.

podía haber dado ese paso, y no creemos que en ello hubiese perdido nada la claridad y facilidad de la aplicación del derecho positivo.

A pesar de los reparos que á la redacción de la base 10 pueden oponerse, no debe extremarse demasiado la censura y llegar por ese camino á apasionamientos injustificados, achacando ciertas dificultades de aplicación práctica del derecho, resultado al parecer de la doble legislación, á los términos bajo que está concebida la base 10. Ciertamente, se puede estar conforme, en parte, con las observaciones del Sr. Sánchez Román, cuando al examinar la situación jurídico-práctica en lo relativo á las aguas, sobre todo (por el criterio especial con que esta materia se ha desenvuelto en el articulado), señala la necesidad de tener que comparar dos textos para responder á las exigencias del art. 425 del Código, según el cual, «en todo lo que no esté expresamente prevenido por la disposición de este capítulo (el de aguas), se estará á lo mandado por la ley especial de Aguas»; pero no se puede seguir más adelante, aplaudiendo las indicaciones críticas de dicho publicista, cuando afirma «que por consecuencia de la *duplicidad de textos,* y atendido el alcance del Código, como derecho *principal* sólo en el territorio de Castilla, y como derecho *supletorio* de *primer grado* en Aragón y Mallorca, y de *último término* en Cataluña, Navarra y Vizcaya, resulta el absurdo de que para estos territorios no podrán citarse los arts. 407 á 424 del Código, ni suponerse derogados los concordantes de la ley de Aguas, sino ésta en toda su extensión, como las demás leyes especiales, que desde que fueron dictadas tuvieron autoridad general en toda la Península» (1).

En realidad, es extraño que se haya escapado á la penetración del Sr. Sánchez Román observar, que lo grave del caso, en la dificultad señalada, no proviene de la persistencia de dos legislaciones sobre aguas, minas, etc.: la especial y la del Código. Aun cuando se hubiese aceptado el criterio del Sr. Pedregal, la dificul-

(1) *Estudios de Derecho civil,* tomo 3.°, pág. 407.

tad quedaría en pie, porque nace del valor jurídico del Código, en frente y al lado de las legislaciones forales.

La otra cuestión á que aludimos es la siguiente: el articulado ¿responde con exactitud al criterio fundamental significado en la base 10?; es decir, ¿se ha incluído, como la base pide, en el Código *las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades*, etc., etc.?; y por otra parte, ¿se ha logrado *deducir* de las leyes particulares que las rigen, *lo que puede estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos para incluirlo en el Código?* A la primera de estas dos últimas preguntas creemos poder responder sin vacilar, que se echa de menos en el Código civil la propiedad industrial, que no está espresamente excluída de la base 10, porque ésta, al decir *como las aguas, las minas y las producciones científicas, literarias y artísticas,* no fija taxativamnte cuáles son, sino que cita á manera de ejemplo. En cuanto á la segunda de dichas preguntas, hay mucho que decir, pero no es este el momento oportuno; creemos sea mejor hablar de ello al tratar de cada propiedad especial en particular.

IV

La índole especial de nuestra legislación positiva sobre aguas, minas y propiedad intelectual, exige que el comentario revista formas particulares, distintas en parte, cuando se trate de las aguas, de cuando se trata de las minas y de la propiedad intelectual, en virtud del diferente criterio adoptado por los redactores del Código civil, al desenvolver é interpretar el contenido de la base 10 en el articulado.

En efecto, la materia de aguas, aparte de las cuestiones de carácter práctico que al considerar detenidamente el articulado surgen, entraña, si el comentario ha de responder á todas las exigencias que implica el proporcionar al que lo maneje todos los elementos de la aplicación legal, la necesidad de establecer una constante concordancia, complementaria y explicativa, con la legisla-

ción especial. Lo referente á las minas y á la propiedad intelectual, encuéntrase en el Código mucho más limitado y reducido que lo referente á las aguas. En rigor, sólo contiene aquél acerca de cada una de las dos propiedades especiales, las declaraciones que el legislador, siguiendo la base 10, estimó como fundamentales; el comentario exige sólo, por un lado, la interpretación y explicación adecuadas de tales declaraciones, y por otro, el complemento legislativo, mediante el establecimiento de las oportunas concordancias con las respectivas leyes especiales.

Veamos ya de realizar este plan, examinando cada propiedad, de las que contiene este tít. 4.°, por separado.

CAPÍTULO PRIMERO

De las aguas.

I

Consideraciones generales.

Las indicaciones de carácter preliminar que quedan hechas al comenzar á tratar de este título, acerca de la idea de las propiedades especiales, preciso es que se amplíen aquí refiriéndonos particularmente á las *aguas*. La cuestión más importante que esta materia entraña, desde nuestro punto de vista, y la cual puede conceptuarse como una de las causas más directas del resultado especial de la relación de propiedad que las aguas implican, es la de si real y verdaderamente las aguas pueden ser objeto de propiedad, entendida la propiedad como relación de dominio absoluto y según el criterio romano, que el Código civil hemos visto ya que acepta. Hay, en efecto, quienes, conceptuando las aguas como *cosa común de todos*, como un elemento indispensable y de espontáneo aprovechamiento en la vida, un elemento, en fin, al modo del aire, sostienen que el agua no puede ser objeto de propiedad, afirmando, como dice el Sr. Azcá-

rate, que sólo puede y debe serlo de *uso*. (1). «Nace este error, según manifiesta el mismo eminente publicista, de un lado, de la importancia que se atribuye á la circunstancia de servir en ocasiones la *misma* agua para varios fines y en provecho de varios individuos (según el principio de la pluralidad de los aprovechamientos compatibles); y de otro, del concepto equivocado del dominio común y del público» (2).

En efecto, si se considera el agua en las diversas formas bajo que se ofrece al hombre en las relaciones de la vida, se observa desde luego, que si á veces el agua (la del mar, por ejemplo) se presenta en condiciones que la hacen inapropiable, según las exigencias del aprovechamiento personal exclusivo, y otras permite un cierto aprovechamiento general (los ríos), preséntase también el agua en condiciones distintas, que no impiden, sino más bien determinan, la posibilidad de aquellos aprovechamientos personales y exclusivos que caracterizan la relación económica de la propiedad privada (el agua de una fuente, de un estanque, el agua cerrada en cualquier artefacto y dedicada al consumo personal).

Lo que hay es, que en las aguas es necesario saber distinguir el sujeto de cada una de las relaciones de propiedad en que, por razón de las condiciones indicadas, las aguas pueden encontrarse, y así las tenemos de dominio universal, humano (el mar libre), de dominio nacional y uso público (el mar litoral, los ríos navegables), de aprovechamiento común, y de dominio particular.

La indefinición ó confusión que existe en los conceptos generales acerca de la propiedad de las aguas, es causa y á la vez, por reacción natural, efecto, de la gran indeterminación en que se encuentra su regulación jurídica desde el punto de vista *civil* y desde el *administrativo*. Nada, en verdad, más intrincado en las legislaciones positivas que esto. En efecto, ¿dónde empieza y dónde acaba, respectivamente, la consideración del carácter privado de la relación jurídica de propiedad de las aguas y, dónde empieza y acaba lo

---

(1) Giner, ob. cit., pág. 310.

(2) Azcárate, ob. cit., tomo 3.°, pág. 219.

que debe ser obra del derecho administrativo, por tratarse de una relación jurídico-pública? La dificultad de establecer esta distancia la reconocía expresamente la Comisión redactora de la ley de 3 de Agosto de 1866, la cual manifestaba la necesidad de contener en ella determinaciones y conceptos acerca del dominio del agua, de los cauces y riberas y de las servidumbres, que más bien son de derecho civil, pero que entrañan graves problemas del orden administrativo.

No es posible entrar aquí en una amplia discusión de este punto, pero no puede menos de hacerse respecto de él algunas indicaciones. La manera como ha procedido el legislador, tanto en la base 10 cuanto en el desarrollo del principio en ésta contenido, en el capítulo primero de este título del Código civil, con más, los conceptos supuestos en la consideración del dominio público de los canales, ríos, torrentes, puertos, etc. (art. 339), y lo que entraña el desenvolvimiento de la materia de aguas en lo relativo á las servidumbres, comparado con lo que deja á las leyes especiales de Aguas y de Puertos, y al reglamento de la primera, sugiere, aunque imperfectamente, la distinción formulada.

En efecto, considerando las aguas como objeto de la relación jurídica de propiedad, *sea cual fuera el sujeto*, entraña algún aspecto que puede interesar al derecho civil, aunque en virtud de la naturaleza esencialmente *pública* ó *política* del sujeto en alguna de las diferentes relaciones (la humanidad respecto del mar libre, la nación respecto del dominio público, etc.), el aspecto civil desaparece bajo el predominio del aspecto propio del sujeto de la relación. Fuera de esto, es decir, consideradas las aguas, no en la relación de sujeto á objeto que implica el dominio, la propiedad y el uso, sino en atención á los peligros que suponen y á los servicios que prestan á la humanidad, constituyen un elemento que se ofrece como condición en las siguientes relaciones importantísimas de la vida, según acertadamente distingue una de las más eminentes autoridades en derecho administrativo, Lorenzo Stein: son éstas:

1.° Las aguas implican un peligro posible, contra el cual es preciso prevenirse.

2.° Las aguas entran como elemento en la vida privada, especialmente en la de vecindad.

3.° Las aguas, en su relación con ciertas necesidades generales colectivas de cada sociedad, se ofrecen: *a)* como condición para la salud pública; *b)* como condición de los trabajos industriales; *c)* como medio de comunicación; *d)* como condición de la vida económica (1). Ahora bien: en atención á estas diversas relaciones en que las aguas se presentan, el aspecto administrativo, surge: 1.°, en cuanto el Estado ejerce una función de carácter de policía *(policía de servicios)* respecto de las aguas que por su manera de ser no pueden pertenecer á ningún particular; 2.°, en cuanto el Estado ha de atender á precaver los peligros que las aguas suponen; 3.°, en cuanto el Estado es el llamado á regular y ordenar los aprovechamientos de las aguas de uso común (2).

Repetimos, que aunque nuestra legislación positiva no responde con una perfecta exactitud á esta distinción adecuada de los aspectos jurídico-civil y jurídico-administrativo, puede inferirse poniendo como regulación del primero, las disposiciones del Código civil sobre aguas, y como regulación del segundo, gran parte de lo que ha quedado en las leyes especiales.

II

Antecedentes legales.

Según un distinguido tratadista del derecho patrio, la *propiedad* de las aguas «carece de verdaderos precedentes legales en España» (3). Según él, no pueden anotarse éstos, debiendo llegar al momento en que «se la hizo objeto de una sistemática legislación especial, que se publicó en 3 de Agosto de 1866, reformada, aun-

---

(1) L. Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre* tomo 2.°, pág. 293.

(2) V. A. Posada, *Administración política y administración social*, pág. 217.

(3) Sánchez Román Ob. cit. tomo 3.°, pág. 389.

que bajo el mismo criterio, por la de 13 de Junio de 1879» (1) (hoy vigente).

Creemos que no puede afirmarse lo dicho por tan ilustrado tratadista, corroborado también por algún comentarista, que se atreve á afirmar que «la legislación patria de aguas es modernísima, *hija exclusiva de nuestro siglo*». En rigor, conceptuamos que si una legislación sistemática, ordenada y especial, es obra de los tiempos modernos, en el derecho patrio tal legislación tiene importantes precedentes. Lo muestra muy bien algún tratadista de derecho administrativo, como el Sr. Abella (2). En efecto, hay disposiciones sobre aguas en el *Fuero Juzgo* (3); las hay en el *Fuero Viejo* y en el de *Sepúlveda;* las hay bastante numerosas en las Partidas (4); aunque no muchas y de un carácter puramente administrativo, alguna puede citarse en la Novísima Recopilación (5). Y no digamos nada de las legislaciones forales de Aragón, Cataluña y Navarra, donde los respectivos fueros tienen no pocas disposiciones acerca de materia de tan capital importancia.

Sin duda que no empezando por desconocer la existencia y el valor de estos antecedentes, puede decirse que el gran impulso legislativo sobre aguas ha sido obra del presente siglo. En esto estamos conformes con los autores citados. En efecto, en este siglo, aparte sobre todo del impulso reformista político-legislativo que se inició en nuestra patria como consecuencia del influjo de la Revolución francesa, al formarse la nueva organización del nuevo Estado constitucional y al diferenciarse la íntima composición de la sociedad del antiguo régimen, las aguas fueron objeto de repetidas disposiciones preparatorias de las grandes reformas legislativas sintéticas de 1866 y 1879. En todo el periodo á que aludimos

(1) Ibidem.

(2) *Tratado de Derecho administrativo español,* tomo 2.°, pág. 995.

(3) Leyes 30 y 31, tít. 4.°, lib. 8.°

(4) Leyes 10, tít. 18, Partida 2.ª; y 4, 5 y 6, tít. 31; 15, 18 y 19, tít. 32 de la Partida 3.ª, y otras.

(5) Ley 37, tít. 11, lib. 7.°

(anterior á 1866), las disposiciones del Poder público sobre aguas tienen un doble carácter. Entrañan, por un lado, la transición del antiguo estado legislativo de confusión é indeterminación en sus soluciones jurídicas, y por otro, implican la formación de un orden legislativo, en el cual se manifiesta la tendencia absorbente del Poder político central moderno mediante los fuertes lazos que el derecho administrativo entraña. Así resulta que, como consecuencia primera de las disposiciones sobre Aguas, éstas caen en la mayor parte de su esfera jurídica bajo la acción de la Administración, siendo en rigor muy escasa la intervención en sus problemas del Poder judicial.

Sería obra de mucho espacio, y por lo demás de no muy gran utilidad aquí, la enumeración de las distintas disposiciones legislativas sobre aguas, anteriores á la ley de 1866, empezando por los dos decretos de Cortes de 6 de Agosto de 1811 y 19 de Julio de 1813, restablecidos, siguiendo las vicisitudes del régimen constitucional de quien provenían, en 29 de Enero y 2 de Febrero de 1837. Baste al efecto decir que hubo muchas disposiciones sobre la materia, todas de carácter especial, y hasta cierto punto casuístico, que determinaron aquel nuevo estado de confusión legislativa, del cual surgió la necesidad de la unificación, que se esperaba resolver con la publicación de un código de Aguas, cuando se dictó y promulgó la ley de 3 de Agosto de 1866, la cual, falta de un adecuado reglamento, sufrió la derogación de varios de sus artículos en 14 de Noviembre de 1868. Posteriormente publicóse la ley de 20 de Febrero de 1870 sobre construcciones de canales y el reglamento de 20 de Diciembre del mismo año, todo lo cual, con las naturales modificaciones de la vida y con las necesidades sociales, vino á determinar nueva confusión legislativa, que hizo imprescindible la redacción y promulgación de la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879, ley que constituía el estado legal sobre esta materia cuando se verificó la gran reforma general jurídica que entraña el vigente Código civil.

III

Legislación vigente.

La complejísima naturaleza jurídica de las Aguas y la manera como se ha venido formando en este punto la legislación sobre esta materia, hace necesario algunas indicaciones especiales respecto de cuál debe considerarse como legislación vigente, ó en otros términos, cuáles son las fuentes á que en todo caso debe acudirse cuando de aguas se trate. De dos modos cabe que el problema se vea: ó se quiere fijar el derecho vigente sobre aguas, ó se quiere sólo señalar dicho derecho respecto de la propiedad especial de las aguas, según los términos en que la comprende el vigente Código civil.

En el primer caso (que no es, en rigor, el nuestro) sería preciso fijarse en la ley especial de Aguas y entresacar de aquellas otras leyes, como la de Puertos, Expropiación forzosa por causa de utilidad pública, etc., las disposiciones sobre el asunto, con más las declaraciones que acerca del mismo contiene el Código civil en diferentes lugares, completándolo todo con las disposiciones administrativas y reglamentarias, y decisiones del Tribunal Supremo y del Contencioso-administrativo. En el segundo caso, las fuentes legislativas circunscríbense: 1.°, á los artículos comprendidos en el cap. 1.° de este título del Código civil; 2.°, á la ley de Aguas vigente; 3.°, á las leyes especiales, como la de Expropiación forzosa, á que directa y expresamente alude el art. 27 del Código; y 4.°, á la jurisprudencia de los tribunales indicados.

Conviene ahora señalar la relación que existe entre las dos fuentes fundamentales en la materia (el Código civil, arts. 407 á 425, y la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879), haciendo algunas indicaciones respecto de la manera como en este caso concreto interpretaron la ya citada base 10 los redactores del Código civil. A este propósito, el comentarista Sr. Falcón declara, que dado el sistema legislativo aceptado, «el Código procuró sintetizar en breves disposiciones los principios fundamentales que sobre el dominio

y uso de las aguas había ya establecido la ley de 1879, pudiendo afirmarse en honor de los redactores del Código, que han sabido salir airosamente de su empeño» (1). Y así es, sin duda; en los 19 artículos que el Código civil dedica á *las aguas,* se deducen, como la base 10 exige, lo que realmente se estima en la ley de 1879 *como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos,* á saber: 1.°, el *dominio* de las aguas, y 2.°, su *uso* y *aprovechamiento.* En efecto, del dominio de las aguas, de cómo se entiende y regula este, surge la más fundamental de las relaciones jurídico-civiles que las aguas entrañan, como de la forma bajo que se regula el uso y aprovechamiento de las mismas surgen también relaciones de idéntica naturaleza. Si el Código civil no trajo íntegramente toda la cuestión del dominio y uso de las aguas con la extensión que supondría al tratar de las aguas marítimas y terrestres, débese, sin duda, á que en este cap. 1.° del título que examinamos se fijó sólo en la ley de 1879. De todas suertes puede asegurarse que de las tres propiedades especiales que este título comprende, la mejor tratada por el Código es esta de que al presente se habla.

SECCIÓN PRIMERA

DEL DOMINIO DE LAS AGUAS

I

Precedentes histórico-legales.

No nos detendremos en hacer indicaciones sobre cómo debe entenderse *en principio* el dominio de las aguas. Queda dicho ya lo suficiente al comenzar á exponer las consideraciones generales relativas á este capítulo. Al presente importa notar que el Código civil en esta cuestión, según tuvimos ocasión de indicar, se contrae á tratar del dominio de las aguas *terrestres.* No abarca, pues, todo el problema del dominio de las aguas, en cuanto prescinde de la

(1) Código civil, tomo 2.°, pág. 84.

determinación del dominio de las *comunes*, que pertenece por igual á todos los hombres, que éstos pueden usar por igual, ni tampoco de ciertas aguas de carácter público, como son las aguas marítimas, que se rigen por la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880 (art. 1.°, sobre todo), y á las que el Código civil alude sólo en parte en el art. 339 (1).

El criterio aceptado por el Código en punto al dominio de las aguas (que es naturalmente el mismo de la ley de 1879), es el de la distinción capital entre aguas de dominio *público* (art. 407) y de dominio *privado* (art. 408). Es el criterio general que tenía que aceptar desde el momento en que se reconoce la posibilidad de que el agua, en determinada forma, pueda ser objeto, no sólo de uso ó aprovechamiento, sino de propiedad particular. Este criterio, por lo demás, encuentra en nuestro derecho patrio muy antiguos precedentes.

En efecto, ya en el Fuero Juzgo hay alguna ley (2), de cuya lectura puede inferirse cómo entonces se reconocía la distinción entre aguas públicas y aguas privadas, si bien el concepto que de unas y otras se tenía no era claro, ni menos razonable, pues en dicha ley se daba la anomalía de conceptuar de dominio público los ríos, prohibiendo que nadie en particular pudiera hacer obras que implicasen aprovechamiento en los ríos, y permitiendo luego que se pueda «facer esto fasta medio del río hallí ó en el agua más fuerte, é que la otra meatad finque libre para la pro de los omnes». Otras disposiciones análogas pudieran registrarse en el Fuero Viejo, en el Fuero Real y en las legislaciones forales, á más de algunas leyes de Partida (3), en las que se declara el dominio público de los ríos, reconociendo también el dominio particular.

Pero no eran los tiempos á que estos códigos patrios se refieren, ni menos los tiempos posteriores, los más adecuados para llegar á una más clara distinción de los dominios público y privado

(1) Véase en este tomo las págs. 56 y sigs.

(2) Ley 29, tít. 4.°, lib. 8.° del Fuero Juzgo.

(3) Leyes 3.ª y 8.ª, tít. 28; 19, tít. 32, y 5.ª, tít. 31, todas de la Partida 3.ª

de las aguas, así que nada de extraño tiene que los conceptos jurídicos de uno y de otro dominio no se empiecen á definir hasta la época moderna. Recientes, en verdad, son las disposiciones legales que pueden considerarse respecto de la legislación actual como los más inmediatos y directos precedentes, y hasta cierto punto como la base de las mismas. Son éstas la Real orden de 4 de Diciembre de 1859 y el Real decreto de 29 de Abril de 1860. En la primera se procura distinguir claramente el dominio público del privado y el que pertenece al común de los pueblos. En el Real decreto se declaran las aguas corrientes, «sea cual fuese su denominación», de dominio público, y se atribuyen las subterráneas alumbradas al inventor, regulando además las formas del aprovechamiento. Este Real decreto es el que sirvió de punto de partida á los legisladores de 1866, y por consiguiente á los de 1879.

II

Del dominio público de las aguas.

Realmente, la dificultad en lo referente al dominio de las aguas no estriba en la determinación del criterio necesario por virtud del cual se conceptúan unas como de dominio público y otras como de dominio privado. Este criterio puede conceptuarse como universal. La dificultad está en la clasificación adecuada de las distintas aguas según la forma bajo que se ofrezcan en la naturaleza, para que en justicia se las considere, ya de dominio público, ya de dominio privado. Los redactores de la magistral exposición de motivos de la ley de 1866 lo reconocían así, sobre todo al tratar de fijar la condición jurídica de las aguas corrientes, porque en esta cualidad que el agua puede tener es en la que encuentran algunos graves obstáculos para reputarlas como de posible propiedad particular. Con muy buen acuerdo, los citados redactores afirman «que tal cualidad no se opone á la apropiación y consumo» del agua, y por esto á que pueda ser de dominio privado. Pero si es verdad que, bien consideradas las cosas, el ser corriente el agua no puede con-

ceptuarse como obstáculo á su apropiación por los particulares, también lo es que la forma de presentarse en la naturaleza el agua corriente (en ríos, torrentes, arroyos), hace que sea de difícil solución la cuestión de límites en punto á cuándo estas aguas corrientes pueden ser de dominio privado, y cuáles y cómo pueden y deben constituirse en objeto de dominio público. Que la cuestión es dificilísima, lo demuestra la misma Comisión redactora de la ley de 1866, al resumir los diferentes criterios dominantes en las legislaciones positivas, y puede demostrarse brevemente refiriéndonos á ellos.

Tomemos como ejemplo los ríos. Los ríos, ¿deben todos ser de dominio público? Caso negativo, ¿cuáles deben serlo de dominio particular? Los romanos, que tanto se distinguían por la precisión y definición de sus ideas jurídicas, nos dejaron la cuestión sin resolver de un modo claro. Mientras la *Instituta* (1) dice: *flumina autem omnia et portus publica sunt*, en el Digesto (2) se hace la distinción que sigue: *flumina quaedam publica sunt, quaedam non*. Por su parte, el jurisconsulto Cassio calificaba de *publico* todo río, *perennis publicum flumen esse Cassius, definit quod perennesit*, parecer este que fué aprobado por Celso y otros jurisconsultos.

Las legislaciones modernas están muy lejos de haber llegado á un acuerdo en este punto. «Las más de las legislaciones, dice á este propósito un distinguido publicista, hacen una clasificación de los ríos según que son ó no navegables ó flotables, declarando de dominio público los primeros y susceptibles de dominio privado los segundos» (3). Según el art. 538 del código Napoleón, por ejemplo, los ríos navegables ó flotables constituyen parte del dominio público; pero no se refiere á la condición de los no navegables ni flotables. La ley de 30 de Mayo de 1879, de Austria, consigna la distinción entre unos y otros ríos. Otras legislaciones no admiten tal distinción, y consideran todos los ríos como de dominio nacio-

---

(1) Libro 2.°, tít. 1.°, § 2.°

(2) Libro 43, tít. 12, libro 1.°, § 3.°

(3) Azcárate; obra citada, tomo 3.°, pág. 221.

nal. Sostiene tal criterio, entre otros, el código italiano en su art. 427.

Ahora bien: ante esta diversidad de criterios, ante la dificultad de poder establecer *a priori* una distinción adecuada entre aquellas aguas corrientes que pudieran ser apropiadas de un modo exclusivo como tales aguas corrientes, es decir, comprendiendo en su totalidad el río ó arroyo que discurre á lo largo de varias heredades, y los ríos que de suyo claramente entrañan la idea del dominio público en razón de los altos intereses sociales de navegación y flotación á que están destinados, nuestras leyes han decidido que los ríos todos se deban considerar como de dominio público, dejando á salvo ciertos derechos que pudieran tener el carácter respetabilísimo de los derechos adquiridos.

Pero conviene que terminemos estas consideraciones generales y que veamos, examinando los artículos del Código civil, de qué suerte se han decidido todas las diferentes cuestiones que el dominio público y privado de las aguas implica.

ARTÍCULO 407

Son de dominio público:

1.º Los ríos y sus cauces naturales.

2.º Las aguas continuas ó discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, y estos mismos cauces.

3.º Las aguas que nazcan continua ó discontinuamente en terrenos del mismo dominio público.

4.º Los lagos y lagunas formados por la naturaleza en terrenos públicos y sus álveos.

5.º Las aguas pluviales que discurran por barrancos ó ramblas cuyo cauce sea también del dominio público.

6.º Las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos.

7.º Las aguas halladas en la zona de trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario.

8.º Las aguas que nazcan continua ó discontinuamente en predios de particulares, del Estado, de la provincia ó de los pueblos, desde que salgan de dichos predios.

Y 9.º Los sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos públicos.

Antecedentes y concordancias.—Considerando este art. 407 en sus diferentes extremos, pueden señalarse algunos muy directos antecedentes en el derecho patrio. En primer lugar, se ha de citar la ley 29 del tít. 4.º, libro 8.º del Fuero Juzgo, en la cual se dice «los grandes ríos por que vienen los salmones ú otro pescado del mar, ó en que echan los omnes las redes, ó porque vienen las barcas con algunas mercaderías, nengun omne non debe cerrar el río...», todo lo que viene á implicar la declaración del dominio público de los ríos. De igual suerte pueden citarse algunas leyes de Partida, como la 6.ª del tít. 28 de la Partida 3.ª, en que se declara pertenecer «á todos los homes comunalmente los ríos et los puertos y los caminos públicos»; y la 8.ª del mismo título y Partida, que consagra de un modo más terminante aún la misma doctrina respecto de los ríos «por los cuales los homes andan con sus navios».

Por otro lado, el dominio público de la mayor parte de las aguas enumeradas en el art. 407 del Código civil, hubo de tener una consagración natural, aunque indefinida, bajo el régimen político que España alcanzó antes y posteriormente á las Partidas. Para demostrarlo, bastaría fijarse en el concepto del Poder público y de sus prerrogativas, en aquellos tiempos, tocados del espíritu feudal (en Cataluña y Valencia, sobre todo), y en los posteriores de las monarquías puras.

Viniendo ya á la legislación moderna, los antecedentes legales primeros más calificados del concepto del dominio público de las aguas del art. 407 están en la citada Real orden de 4 de Diciembre de 1859 y en el referido Real decreto de 29 de Abril de 1860. En la primera se alude al «supuesto ó principio generalmente admi-

tido, de que las aguas que discurren por los *ríos, arroyos ú otra corriente natural, son de dominio público...»* En el segundo se declaraban de dominio público los cauces de los ríos, riachuelos, rieras, arroyos ó cualquier otra clase de corriente natural, sea cualquiera su denominación (1).

Además debe tenerse en cuenta que el art. 407 del Código civil resume y sintetiza los arts. 31, 33, 34, 38, 44, 67, 72 y 79 de la primera ley de Aguas de 1866, y también los arts. 4.°, 5.°, 12, 13, 27 y 28, concordados con los 30 y 42 de la ley de 13 de Junio de 1879.

Por último, el artículo que examinamos reproduce el 410 del proyecto de Código de 1882, y guarda semejanza y concuerda con los arts. 538 del código civil francés, 538 del belga, 427 del italiano, 380 del portugués, 509 del de Guatemala, etc., etc.

Composición de este artículo y sus relaciones con la ley de Aguas vigente.—Llamado este art. 407 á realizar parte de la tarea señalada en la base 10 de la ley de 11 de Mayo de 1888, sintetizando los principios sustantivos del dominio público de las aguas según el criterio que la ley de 1879 sustenta, viene á ser, en definitiva, un breve resumen escueto de los diferentes artículos de dicha ley que hemos señalado en los antecedentes.

¿En qué forma se hizo esto?

Dedicada la ley de Aguas, á regular jurídicamente una materia determinada en toda su extensión y sin atender á su debida dependencia respecto de otras materias que en junto constituyeran un verdadero organismo (como sucede en un código), trataba en diferentes lugares y según su propio plan especial lo relativo al dominio público de las aguas y sus accesorios. Al concretar el Código civil en uno de sus artículos lo referente á dicho dominio público, hubo de reunir bajo la forma que su lectura muestra lo dispuesto en los diferentes artículos de la ley, teniendo en cuenta que era necesario sintetizar en principios dogmáticos resumidos lo que

---

(1) Véanse los arts. 1.° y 19 concordados.

la ley, dada su contextura más general, podía tratar en lugares distintos.

Y he aquí cómo.

El Código enumera las aguas de dominio público, al parecer, en consideración á su respectiva importancia, á partir de los ríos, prescindiendo de las aguas del mar, de que no habla, y trae al artículo la consideración del dominio público de dos elementos que la ley regula por separado, cuales son las aguas y los cauces ó sitios por donde discurren. En su virtud, el núm. 1.° del art. 407 sintetiza el núm. 3.° del art. 4.° y el 2.° del art. 34 de la ley (este último habla de los cauces); el núm. 2.° del mismo art. 407 es el 3.° del art. 4.° de dicha ley, si bien apuntando el Código el carácter público de los cauces naturales; el núm. 3.° del referido art. 407 es literalmente casi el 1.° del citado art. 4.° de la ley; el núm. 4.° del 407 copia el primer párrafo del art. 19 de la ley; el 5.° es el art. 2.°; el 6.° no tiene en la ley correspondencia expresa: infiérense sus declaraciones de los arts. 12 y 13; el 7.° copia la primera parte del art. 12; el 8.° resume el art. 5.°, y, por fin, el 9.°, el art. 13.

Cuestiones á que puede dar lugar el art. 407.—El núm. 1.°, en que se declara el dominio público de los «ríos y sus cauces», es de una interpretación fácil. Realmente, las más grandes cuestiones prácticas de derecho surgen al aplicar el principio de los aprovechamientos, no el del dominio. Debe este núm. 1.° concordarse especialmente con el art. 339 del Código civil, núm. 1.° De éste se infiere que los ríos son de dominio público por razón del uso á que están destinados. Al comentar el art. 339 hemos dicho lo que sobre el particular creíamos necesario. También debe concordarse este número y muchos de los números siguientes con el art. 32 de la ley, según el cual, álveo ó cauce natural de un río ó arroyo es el terreno que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias. Además debe concordarse igualmente el referido número 1.° con el art. 370 del Código civil mismo, pues de éste se infiere que el dominio público del cauce implica que éste ha de estar ocupado por el río; pero desde el momento en que éste cambia su curso, el cauce abandonado pasa á ser propiedad de los ri-

bereños, en la forma que dicho artículo dispone. Por último, se ha de relacionar el número indicado con el art. 372 también del Código, pues la duda que pudiera surgir (y que en la práctica ha surgido), cuando un río, abriéndose paso por propiedad privada, ocupa parte de ésta, como cauce, el río no se convierte al dominio privado, sino que el río y el cauce nuevo pasan al dominio público: doctrina esta que ha sido confirmada en su primer extremo por sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 22 de Noviembre de 1888.

Respecto de los demás números del art. 407, deben hacerse notar en primer término los principios fundamentales á que obedecen. Las aguas comprendidas en el núm. 2.° (aguas contínuas y discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales, y estos mismos cauces) son de dominio público, en razón del principio general de nuestra legislación que atribuye esta condición á las aguas corrientes, si bien en este caso con la excepción que supone el núm. 1.° del art. 408. Respecto de las aguas de este número 2.° y de las de los demás números, debe notarse que cuando se trata de aguas importantes por sí mismas, y en atención al servicio general que pueden prestar, el carácter público de dichas aguas imprime idéntico carácter al cauce ó cauces por donde discurren (núms. 1.° y 2.°), mientras que cuando se trata de aguas que son en cierto modo accesorias, y no principales, con relación al fundo en donde nacen, discurren ó se encuentran, el carácter de públicas ó privadas depende de la condición que el predio tenga (núms. 3.°, 4.°, 5.°, 6.°, 7.° y 8.°).

Por lo demás, pocas cuestiones se ofrecen al considerar más detenidamente los términos de los diferentes números del art. 407. Sólo nos quedan que hacer algunas observaciones, apuntando además una cuestión de carácter práctico. De las observaciones, una se refiere al núm. 7.°, que debe ser puesto en relación con el artículo 12 de la ley de Aguas, que no entendemos derogado, y según el cual, si pertenecen al dominio público las aguas halladas en la zona de los trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario, se ha de interpretar esto, «á no haberse esti-

pulado otra cosa en las condiciones de la concesión», permitiéndose además «el aprovechamiento gratuíto de dichas aguas, tanto para el servicio de la construcción, como para la explotación de la misma obra».

La cuestión á que aludimos surge al interpretar adecuadamente el núm. 8.° de este artículo, relacionándolo con el núm. 1.° del art. 408 y con el art. 412. En efecto, el citado núm. 8.° dice que las aguas que nazcan continua ó discontinuamente en predios de particulares, del Estado, etc., son de *dominio público* en cuanto salgan de dicho predio; á su vez el núm. 1.° del art. 408 y el art. 412 consagran el dominio privado de las mismas aguas con relación al dueño del predio donde nacen y mientras por él discurren. Ahora bien, la cuestión es esta: el precepto legal del núm. 8.°, ¿es absoluto hasta el punto de que el dominio público de las aguas alcance aún á las sobrantes que, saliendo del predio donde nacen (de particulares, del Estado, de la provincia ó de los pueblos), entren y discurran por otros predios de dominio privado ó patrimonial? Aunque la jurisprudencia anterior á la ley de 1879 haya sentado la propiedad de esas aguas en favor de los dueños de los predios privados por donde discurren después de salir del de su nacimiento, siempre que no atravesaran por ningún dominio público intermedio, conformándose así al espíritu y letra de la ley de 1866, la interpretación de las leyes actuales entraña una solución distinta: las aguas á que aludimos entran desde luego en el dominio público en la forma y modo que disponen los arts. 5.° y 10 de la ley de Aguas, de que hablaremos al tratar de esta misma cuestión en el comentario al art. 412 (1).

Una última observación: el núm. 9.° debe entenderse explicado por el art. 13 de la ley de Aguas, que copiamos en nota (2).

---

(1) Véase Sánchez Román, ob. cit., tomo 3.°, pág. 409; Navarro Amandi, ob. cit., tomo 2.°, pág. 133.

(2) «Art. 13. Pertenecen á los pueblos las aguas sobrantes de sus fuentes, cloacas y establecimientos públicos. Pero si hubieren sido aprovechadas por los dueños de los terrenos inferiores durante el tiempo de veinte años,

ARTÍCULO 408

Son de dominio privado:

1.º Las aguas continuas ó discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos.

2.º Los lagos y lagunas y sus álveos formados por la naturaleza en dichos predios.

3.º Las aguas subterráneas que se hallen en éstos.

4.º Las aguas pluviales que en los mismos caigan, mientras no traspasen sus linderos.

5.º Los cauces de aguas corrientes, continuas ó discontinuas, formados por aguas pluviales, y los de los arroyos que atraviesen fincas que no sean de dominio público.

En toda acequia ó acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad ó edificio á que vayan destinadas las aguas. Los dueños de los predios por los cuales ó por cuyos linderos pase el acueducto, no podrán alegar dominio sobre él, ni derecho al aprovechamiento de su cauce ó márgenes, á no fundarse en títulos de propiedad expresivos del derecho ó dominio que reclamen.

Antecedentes y concordancias.—**Aun cuando no se ha desconocido en nuestras antiguas legislaciones el dominio privado de las**

---

ya en virtud de concesiones de los ayuntamientos, ó ya por su consentimiento tácito, no se podrá alterar el curso de aquellas aguas, ni impedir la continuación del aprovechamiento, sino por causa de utilidad pública debidamente justificada, y previa indemnización de daños y perjuicios.

»Cuando temporalmente deje de haber sobrantes por causa de mayor consumo, sequías ú otras, no tendrán derecho á ser indemnizados los usuarios, aun cuando lo fueren en virtud de concesión, sin que por esto pierdan su derecho á las sobrantes cuando cesen aquellas causas.»

aguas, no son tan fáciles, ni tan terminantes, los precedentes directos y específicos de la materia, como los relativos al dominio público; al menos tal como aparece aquél definido, con relación á las diversas clases de aguas, en el art. 408. Sin embargo, en un trabajo detenido, histórico, podrían señalarse no pocos, más ó menos apreciables. Por nuestra parte nos limitaremos en este caso á señalar, respecto de los antiguos monumentos legales del derecho patrio, algunas leyes de Partidas, dignas sin duda de especial mención. Son éstas las leyes 1.ª del tít. 28, 15 del 31, y 19, tít. 32, según las cuales, como luego se dijo en una Real orden de 21 de Agosto de 1849, los alumbramientos de aguas hechos en terrenos de dominio particular, pertenecen exclusivamente al dueño del terreno.

En la legislación moderna no se encuentra, en rigor, una ordenada y verdadera especificación de las aguas de dominio privado hasta la ley de 1866. Lo que sí hay son varias disposiciones que entrañan el reconocimiento del principio jurídico de tal dominio, como sucede con la Real orden citada, con la 4 de Diciembre de 1859, entre otras, y sobre todo con el Real decreto de 29 de Abril de 1860, cuyo art. 27 consagra el dominio privado de las aguas subterráneas alumbradas por particulares, y cuyos artículos 24 y 25 entrañan gran analogía con los 98 y 99 de la vigente ley de Aguas, y por ende con el párrafo final del art. 408 del Código.

Los antecedentes real y verdaderamente inmediatos de este artículo que examinamos han de verse en los artículos 30, 34, 44, 45, 68, 71, 138 y 139 de la ley de Aguas de 1866 y en los artículos 1.º y 5.º, párrafo 1.º, 17, 18, 29, 33, 98 y 99 de la de 1879, siendo además concordantes y aclaratorios los arts. 30, 77, 83, 84 y otros de la misma ley citada.

Por último, este art. 408 es copia del 411 del proyecto de Código civil de 1851, y concuerda con los arts. 641 del código francés, 540 del italiano, 381 del portugués, 1073 del de Méjico, etc., etc.

Composición de este artículo en relación con la ley de Aguas vigente.—Llamado el art. 408 del Código civil á realizar respecto de las aguas de dominio privado análoga operación de síntesis que

el 407 respecto de las de dominio público, ambos en relación con la ley de Aguas vigente, resume aquél en breves y escuetos términos el contenido más extenso y disperso de los artículos ya indicados, en la siguiente manera: el núm 1.° del art. 408 sintetiza el largo párrafo 1.° del art. 5.° de la ley, abreviando adecuadamente sus conceptos; de igual modo, el núm. 2.° sintetiza el párrafo 2.° del art. 17; el 3.° resume el concepto del art. 18; lo propio hace el 4.° respecto de parte del art. 1.°; el núm. 5.° viene á sentar, aunque con palabras distintas, lo dispuesto por la ley en los artículos 29 y 33, y el párrafo último se inspira en los arts. 98 y 99 de la referida ley de Aguas.

Cuestiones relativas al art. 408.—Realmente, la consideración escueta del dominio privado de las aguas no ofrece al comentarista campo adecuado para señalar cuestiones de carácter práctico. En materia de aguas, una vez deslindados los dos dominios por ministerio de la ley, las cuestiones especiales surgen, sobre todo, cuando se pasa á la utilización de unas aguas y otras, esto es, cuando del mero dominio se pasa al aprovechamiento. Después de todo, la declaración del dominio privado, y de las aguas que pueden ser objeto de él, aparece clara y terminante de la letra del Código civil, y á ella es preciso atenerse. Por esto nuestra tesis al presente tiene que reducirse: 1.°, á señalar el principio fundamental á que obedece el artículo en los distintos números declarativos del dominio privado de las aguas, y 2.°, á señalar el principio á que responde también el párrafo final, relativo á la condición jurídica, en la relación de propiedad, de los accesorios que á veces implican la aplicación y aprovechamiento del agua; haciendo de paso las aclaraciones especiales que impone la comparación literal del art. 408 y sus antecedentes y concordantes de la ley de Aguas.

El principio fundamental en que parece inspirarse el Código para fijar el dominio privado de las aguas, es el de que éstas siguen la condición del predio en que nacen continua ó discontinuamente y mientras por él discurran (núm. 1.°, en relación con el 8.° del art. 407, y art. 412), ó donde se recogen y están ó se encuentran (núms. 2.° y 3.°), ó donde caen (núm. 4.°). Pero aun cuando

tal parezca, no puede en rigor inferirse de ello que el Código, como algunos comentaristas sostienen, admita y desenvuelva el principio indicado, de que las aguas á que se refiere el art. 408 sigan la condición del predio en que se encuentran ó discurren. Opónese á ello la recta interpretación del núm. 1.°, en relación con los ya citados núm. 8.° del 408, y art. 412, y la del núm. 4.° del mismo art. 408. En efecto, las aguas de que habla dicho núm. 1.°, desde el momento en que salen del predio donde nacieron, aunque atraviesen por otro predio privado, si bien el dueño de éste tiene su aprovechamiento aventual, entran en la condición de públicas á los efectos de la ley. Igual consideración se da á las pluviales en cuanto salgan del predio de propiedad particular donde hubiesen caído.

Precisamente las limitaciones con que el art. 408 aplica el indicado principio dan lugar á cierta oscuridad, que es preciso desvanecer para determinar el alcance de su núm. 5.° En general, se acepta en la ley y en el Código el principio de que el cauce es de la misma condición del agua que por él discurre. Demuéstranlo así los núms. 1.°, 2.° y 4.° del art. 407, el art. 408 y varios otros concordantes de la ley de Aguas. Ahora bien: el núm. 5.° implica una excepción, que debe ser declarada para que no resulte éste en contradicción con el núm. 2.° del art. 407, y por ende la oscuridad á que nos referimos. En efecto, según dicho núm. 5.°, «los cauces de... arroyos que atraviesan fincas que no sean de dominio público», son de dominio privado; pero como el núm. 2.° del art. 407 dice que son de dominio público «las aguas continuas ó discontinuas... de arroyos que corran por sus cauces naturales y *estos mismos cauces*», resultaría una contradicción entre estas dos disposiciones, teniendo en cuenta que las aguas que nacen en predios de particulares, entran en el dominio público desde que salen de dichos predios, á no ver una distinción legal fundamental entre la condición del cauce de estas aguas que discurren por los predios privados, inferiores al de origen, que es, según el núm. 5.° del art. 408, de dominio privado, y las aguas mismas, que, al tenor de las disposiciones citadas, son de dominio público.

¿Cuál es ahora la razón de lo dispuesto en el último párrafo del art. 408?

Antes de señalarla, conviene tener en cuenta que el legislador, al redactar este párrafo, trasladando los correspondientes conceptos de la ley de Aguas, si en el primer párrafo copia literalmente el art. 98 de dicha ley, en el resto, como el Código, lo que hace es declarar una consecuencia del dominio de las aguas, mientras la ley desenvuelve las consecuencias de la servidumbre de acueducto en el artículo en que el Código se inspira, reduce éste los preceptos de aquélla á una declaración general acerca de los derechos que en su caso pueden tener los dueños de los predios por los cuales ó por cuyos linderos pase el acueducto. Por lo demás, aunque tal haya hecho el Código civil, no debe considerarse que el nuevo precepto concreto del mismo haya derogado ni modificado el alcance del artículo 99 (1) de la ley, y sus concordantes los arts. 91, 96 y 97. Aparte de la declaración general relativa al persistente vigor de la ley de Aguas, en esta parte ha sido declarada vigente de un modo más especial y expreso por el art. 563 del mismo Código, cuando habla de las servidumbres legales en materia de aguas.

La razón de las disposiciones de que hablamos, se comprende fácilmente. El legislador, teniendo en cuenta la importancia social de los medios económicos según el criterio de su misma relatividad, y por otra parte la propia constitución de estos medios

(1) «Nadie podrá, si no en los casos de los arts. 96 y 97, construir edificio ni puente sobre acequia ni acueducto ajeno, ni derivar agua, ni aprovecharse de los productos de ella, ni de los de las márgenes, ni utilizar la fuerza de la corriente, sin expreso consentimiento del dueño. Tampoco podrán los dueños de los predios que atravesase una acequia ó acueducto, ó por cuyos linderos corriese, alegar derecho de posesión para el aprovechamiento de su cauce ni márgenes, á no fundarse en títulos de propiedad expresivos de tal derecho. Si por ser la acequia de construcción inmemorial, ó por otra causa, no estuviese bien determinada la anchura de su cauce, se fijará según el art. 91, cuando no hubiese restos y vestigios antiguos que la comprueben. En las acequias pertenecientes á comunidades de regantes se observará, sobre el aprovechamiento de las corrientes y de los cauces y márgenes, lo prescrito en las ordenanzas municipales.» (Art. 99 de la Ley de Aguas).

de goce, conceptúa en las relaciones ordinarias de propiedad como cosa principal, no, según algún comentarista dice, el agua en sí, para supeditar á la condición de su valer aquellos elementos necesarios para su aprovechamiento, sino el servicio que las aguas colocadas y explotadas en una determinada forma prestan. En su virtud, cuando para el riego de una heredad ó el movimiento de un molino, ó cualquier otra aplicación de este carácter, se verifican obras á fin de tomar y dirigir el agua de un modo conveniente, aun cuando el agua no pase á ser propiedad del que la aplica, pues generalmente lo que la ley concede es su aprovechamiento, se conceptúan como suyas dichas obras, en razón de ser lo principal el servicio para el cual las aguas se aprovechan, estableciendo en su favor la *presunción legal* á que el art. 408, párrafo último, se refiere, con la salvedad hecha en ese mismo párrafo último.

Complemento de los artículos 407 y 408.—Dominio de las aguas minerales.—Por más que el Código civil no hace mención alguna de estas aguas en ninguno de los números de los dos artículos 407 y 408, sin duda porque la cualidad de minerales no implica variantes en cuanto al principio fundamental á que responde la atribución del dominio de las mismas, conviene, sin embargo, tratar aquí el asunto, porque la ley de Aguas dice respecto de las minerales algo que debe ser tenido en cuenta, si se han incluir en este comentario todos los elementos para la debida comprensión del dominio de las aguas.

Son, diremos en primer término, aguas minerales, según la ley, las que contienen en disolución sustancias útiles para la industria en general, cualquiera que sea su naturaleza.

El dominio de las aguas minerales que corren por cauces públicos pertenece, como el de las aguas comunes, á los dueños de los terrenos en que nacen. Fuera del predio de su origen, estas aguas siguen la misma condición que las otras, al tenor de lo dispuesto en los arts. 5.° al 14 del cap. 1.° del tít. 1.° de la ley de Aguas.

Por otra parte, el dominio de las *aguas minero-medicinales* se adquiere por los mismos medios que el de las aguas superficiales y subterráneas, siendo del dueño del predio en que nacen si las uti-

liza, ó del descubridor si las diese aplicación, con sujeción á los reglamentos sanitarios.

Las distancias para el alumbramiento de estas aguas especiales por medio de pozos ordinarios, socavones y galerías, y de pozos artesianos para las ascendentes, serán las mismas que se establecen para las aguas comunes.

Por causa de salud pública, el Gobierno, oyendo á la Junta Provincial, Consejo de Sanidad y al Consejo de Estado, podrá declarar la expropiación forzosa de las aguas minero-medicinales no aplicadas á la curación, y de los terrenos adyacentes, para formar establecimientos balnearios, aunque concediéndose dos años de preferencia á los dueños para verificarlo por sí (1).

Competencia de jurisdicción en punto al dominio de las aguas. —El carácter á la vez civil y administrativo de las aguas, exige que aquí se determine á cuál de las dos jurisdicciones organizadas en el Estado compete la solución de los conflictos que puedan presentarse en lo referente al dominio de las aguas. Los redactores de la célebre exposición de motivos de la ley de 1866 determinaron con relativa claridad el principio general de la distinción de jurisdicciones á que debía sujetarse la ley, y del que había de partirse para señalar á cuál de ellas se habría de someter el conocimiento de las cuestiones de propiedad. «Los derechos vulnerados, dicen, por providencias administrativas, pueden haberse adquirido en virtud de disposiciones anteriores de la misma Administración, ó en virtud de títulos de derecho civil. En esta distinción cardinal ha fundado la Comisión la competencia de lo contencioso-administrativo y de lo judicial en materia de aguas»; y luego, más concretamente, añaden: «á los tribunales de justicia corresponde el conocimiento de las cuestiones relativas á la *propiedad* y *posesión* de toda clase de aguas de las playas, álveos ó cauces y riberas...» En conformidad con esta misma doctrina, la ley de 1879, al determinar la esfera propia de ambas jurisdicciones (2), establece que compete á

(1) Arts. 14 y 15 de la ley de 1879.

(2) Arts. 254 á 256 de la ley.

los tribunales civiles ordinarios el conocimiento de las cuestiones relativas: 1.°, al dominio de las aguas públicas y al dominio de las aguas privadas y de su posesión; 2.°, al dominio de las playas, álveos ó cauces de los ríos, y al dominio y posesión de las riberas, sin perjuicio de la competencia de la Administración para demarcar, apear y deslindar lo perteneciente al dominio público; y 3.°, á las servidumbres de aguas y de paso por las márgenes, fundadas en títulos de derecho civil. A la jurisdicción contencioso-administrativa compete el conocimiento de los recursos contra providencias dictadas por la Administración en materia de aguas; entre otros casos, cuando *se imponga á la propiedad* particular una servidumbre forzosa ó alguna limitación ó gravamen en los casos prescritos por la ley.

Por último, esta doctrina viene sancionada y explicada por las disposiciones de la Administración y por las decisiones que forman la jurisprudencia anterior y posterior á la vigente ley de Aguas. Puede verse esto en las Reales órdenes de 8 de Abril y 24 de Junio de 1880, Real decreto de 15 de Junio de 1881, Reales órdenes de 30 de Enero de 1885, 14 de Enero de 1886 y otras más, y en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Noviembre de 1869, Real decreto-sentencia de 5 de Julio de 1883, sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1889, etc., etc.

SECCION SEGUNDA

DEL APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS PÚBLICAS

Sentado por el Código civil el principio fundamental sobre que descansa todo lo relativo á la legislación civil (y aun administrativa) de las aguas, esto es, el dominio público y privado de las mismas, pasa á tratar otro de los puntos que racionalmente pueden estimarse «como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos» (1), es á saber, el aprovechamiento de tan importante elemen-

(1) Base 10 citada.

to de vida. El plan desarrollado al efecto por el Código no puede ser más lógico. Como el dominio de las aguas es público ó privado, y como esta distinción fundamental implica consecuencias muy diferentes en cuanto á la condición del aprovechamiento, el Código regula por separado ambas maneras de utilizar las dos clases de aguas de que se trata.

Ciñéndonos al presente á las aguas públicas, la explicación razonada del proceder seguido por el legislador es fácil. Las aguas de dominio público suponen en primer lugar que no son de nadie en particular, ni siquiera se han de considerar del Estado, en concepto de persona jurídica; son del común de las gentes. Así es que, bien mirada la cosa, el primer aprovechamiento de estas aguas, espontáneo y directo, constituye un como derecho personal del individuo, y en ciertas condiciones del ciudadano, que no puede regular el Código civil, sino que está regulado por el Estado mediante la Administración en su función de *policía* (1). Pero fuera de esta relación general de aprovechamiento, discontinuo, ocasional, espontáneo, de todos, hay otras relaciones más concretas, más específicas, en las cuales el Estado interviene, no como propietario, no como *señor del directo*, sino en su función jurídica de representante del todo social, que sería en todo caso el verdadero *señor del dominio directo*, y las regula moderando los aprovechamientos, determinando su fin, señalando sus extremos y graduando su relativa importancia. Estas formas específicas y exclusivas de utilización de las aguas públicas, pueden ya desde su mismo origen (causa y título) dar lugar á relaciones civiles, y por eso las comprende el Código en la forma que luego veremos.

Puede verse esta distinción fundamental de los aprovechamientos de las aguas públicas en la ley especial de Aguas de 1879. La ley, administrativa y civil á la vez en su alcance y propósitos, distingue los aprovechamientos de las aguas de dominio público en *comunes* y en *especiales*.. Entre los primeros, que constituyen el núcleo más importante de la policía administrativa, comprende: 1.°,

---

(1) Véase A. Posada, *Administración política y administración social*, pág. 212.

el aprovechamiento de las aguas públicas para el servicio doméstico, agrícola y fabril (1); 2.º, el aprovechamiento de las aguas públicas para la pesca (2); y 3.º, el aprovechamiento de las aguas públicas para la navegación y flotación (3).

Trata la ley luego de los *aprovechamientos especiales* de las aguas públicas; pero, según ya dijimos, de éstos es precisamente de los que trata el Código civil, y es de rigor examinarlos comentando los artículos en que inmediatamente vamos á ocuparnos.

ARTÍCULO 409

El aprovechamiento de las aguas públicas se adquiere:

1.º Por concesión administrativa

2.º Por prescripción de veinte años.

Los límites de los derechos y obligaciones de estos aprovechamientos serán los que resulten, en el primer caso, de los términos de la concesión, y en el segundo, del modo y forma en que se haya usado de las aguas.

Antecedentes y concordancias.—Los antecedentes de estos artículos no pueden, en general, ser muy remotos, á lo menos si se atiende al alcance que entrañan sus disposiciones como consecuencia de la distinción, hoy ya bastante clara, entre las ideas de dominio público y de aprovechamiento de las aguas, así como del significado de la *concesión administrativa.* Supone, en rigor, todo esto uno de los pasos más importantes al regular la materia, y en su estructura jurídica responde á las transformaciones del Estado moderno. Sin embargo, en el casuísmo que distingue la manera de proceder de las leyes de Partida puede verse algo que implica, sin duda, antecedentes de este artículo, y que expresa, con

(1) Ley, arts. 126 á 128.

(2) Idem, arts. 129 á 133.

(3) Idem, arts. 134 á 146.

la fórmula y las ideas de entonces, relaciones jurídicas muy análogas á las que constituyen el fondo del mismo. La ley 18, tít. 32 de la Partida 3.ª contiene el antecedente señalado, cuando dispone que el que quisiera hacer un molino ó aceña para pisar granos cerca de otro y con su misma agua, «puédelo hacer en su heredad ó en suelo que sea de *río de rey,* con otorgamiento de él ó del común del concejo cuyo es el lugar donde lo quisiere hacer».

En la legislación del presente siglo, que venimos señalando, como preparatoria de las dos leyes de Aguas de 1866 y de 1879, y en estas mismas leyes, los antecedentes del art. 409 del Código son directos y claros. Así los tenemos en la disposición 1.ª de la Real orden de 1846, en las 1.ª y 2.ª de la Real orden de 21 de Agosto de 1849, aclaratoria de la anterior, y sobre todo, en los arts. 1.º y 11 del Real decreto de 29 de Marzo de 1860. En cuanto á las leyes especiales, podemos señalar como antecedentes de dicho art. 409, los arts. 192 y 194 de la ley de 1866, y los arts. 147 y 149 de la de 1879. Además reproduce el art. 411 del proyecto de Código de 1882, y concuerda con los arts. 432 y 433 del código civil de Portugal.

Composición de este artículo en relación con la ley de Aguas vigente.—Sintetiza este artículo en su texto dos artículos de la ley de Aguas, y establece en su último párrafo una disposición de carácter general que entraña el reconocimiento y consagración de la doctrina legal, unánimemente seguida por los tribunales de justicia y por la Administración, y que además tiene importantes concordancias con la misma ley. Los dos artículos que sintetiza, pero que es preciso tener presentes constantemente al aplicar el 409 del Código civil, son los 147 y 149, en la forma siguiente: el núm. 1.º reduce en sus términos (lo cual no quiere decir que lo derogue) el 147, y el núm. 2.º reduce á términos muy escuetos el 149. La disposición final, original del Código, pues no hay otra parecida en la ley, da forma dogmática á la doctrina establecida con anterioridad y posterioridad á la ley de Aguas, según puede verse en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 1860, 9 de Diciembre de 1869, 28 de Diciembre de 1873, y Reales decretos

de 4 de Julio de 1884 y de 10 de Mayo del mismo año; además concuerda esencialmente con los arts. 151 á 155 y 161 de dicha ley de Aguas de 1879.

Cuestiones.—Son muy varias y muy interesantes las cuestiones á que puede dar lugar, y ha dado, la aplicación de este artículo. Las examinaremos rápidamente.

1.ª La declaración del art. 409, según la cual, «el aprovechamiento de las aguas públicas se adquiere» por los dos medios que indica, ¿se ha de entender de un modo absoluto y exclusivo, de cualesquiera otro modo de aprovechar dichas aguas? No. Aun cuando el Código, según hemos dicho, se refiere á los aprovechamientos *especiales* de las aguas públicas, y no haga las salvedades del art. 147 de la ley de Aguas, ha de entenderse del modo y formas que esta última establece; en su virtud, la autorización para el aprovechamiento de las aguas públicas es necesaria para las especialmente destinadas á empresas de interés público ó privado, salvo los casos expresados en los arts. 6.º (1), 174 (2), 176 (3), 177 (4) y 184 (5) de la ley, é independientemente, como es natural, de los aprovechamientos comunes.

2.ª Implicando la concesión administrativa un acto explícito de la Administracion en representación del Estado, ¿á qué autoridades corresponde verificarlo? A distintas, según los casos: *a)* al Gobernador de la provincia, cuando se trate de abastecimiento

---

(1) Aprovechamientos eventuales de las aguas de manantiales y arroyos.

(2) Aprovechamiento de aguas por los ferrocarriles cuando atraviesan fincas de regadío, y el aprovechamiento del agua sea inherente al dominio de la tierra. Las empresas tienen derecho á la cantidad de agua correspondiente al terreno ocupado y pagado. (Véase todo el art. 174.)

(3) Aprovechamiento de las aguas pluviales para riego en favor de los dueños de las fincas contiguas á las vías públicas.

(4) Aprovechamiento para riego de las aguas que discurren por cauces públicos de caudal no continuo en favor de los dueños de los predios lindantes.

(5) Aprovechamiento por medio de bombas ú otros medios, de las aguas de ríos navegables, para riego por parte de los ribereños, y sin perjuicio de la navegación.

de ferrocarriles, si el gasto no hubiese de exceder de 50 metros cúbicos al día (1), ó de aprovechamiento para riegos, si la cantidad es inferior á 100 litros por segundo (2), ó para viveros y criaderos de peces (3); *b)* al Ministerio de Fomento, cuando el abastecimiento de ferrocarriles sea de un gasto superior á los 50 metros cúbicos indicados, ó el riego pase de 100 litros por segundo (4); *c)* se exige una ley, y otorga la concesión el Ministerio de Fomento, cuando se trata de canalizar un río ó de construir un canal de navegación (5). Además, tanto en los ríos navegables ó flotables, como en los que no lo sean, compete al Gobernador de la provincia conceder la autorización para el establecimiento de molinos ú otros artefactos industriales en edificios situados cerca de las orillas (6). Por sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1873, se aclaró el texto del art. 266 de la ley de Aguas de 1866, que se corresponde con el 218 de la de 1879 en ese punto; y por sentencia del mismo Tribunal, de 28 de Octubre de 1872, se estableció que las facultades de los Ayuntamientos no alcanzan á la concesión de aguas públicas, sino al arreglo y disfrute de las comunes.

3.ª La disposición del Código respecto de los límites, de los derechos y obligaciones de los aprovechamientos de aguas, los cuales han de entenderse según los términos de la concesión, ¿entraña alguna aclaración relativa á la forma, orden y extensión con que puede hacerse la concesión misma, ó es libre la Administración para otorgar la concesión según discrecionalmente le parezca?

Las concesiones especiales de aprovechamiento de las aguas públicas han de acomodarse, primeramente, al respeto necesario del estado posesorio, en los términos que lo consagra el núm. 2.º del art. 409 del Código y 149 de la ley, y los 420 y 150, respectivamente, del Código y de la ley, y además deben ser otorgadas

(1) Art. 172.
(2) Idem 186; véase también el 184.
(3) Idem 222.
(4) Idem 172 y 186.
(5) Idem 205.
(6) Idem 184.

entrañando lo que se dispone en los arts. 150, segunda parte, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 160 y 161 de la ley de Aguas vigente. En su virtud, independientemente de las limitaciones indicadas en primer término (núm. 2.° del art. 409 y art. 410 del Código, arts. 149 y 150 de la ley), en las concesiones administrativas ha de tenerse en cuenta lo siguiente: 1.°, que las autorizaciones para hacer estudios de todo aprovechamiento de aguas se sujetarán á lo que prescribe el art. 157 de la ley general de Obras públicas (1); 2.°, que en toda concesión de aprovechamiento de aguas públicas, se fijará la naturaleza de ésta, la cantidad en metros cúbicos por segundo del agua concedida, y si fuese para riego, la extensión en hectáreas del terreno que haya de regarse; y si en aprovechamientos anteriores á la ley no estuviese fijado el caudal de agua, se entenderá concedido únicamente el necesario para su objeto, que determinará el Ministerio de Fomento, con audiencia de los interesados, pudiendo exigirlos establezcan los módulos convenientes (2); 3.°, que las aguas concedidas para un aprovechamiento no podrán aplicarse á otro diverso sin la formación de expediente, como si se tratase de nueva concesión (3); 4.°, que siempre que en las concesiones y en los disfrutes de aguas por espacio fijo de tiempo no se exprese otra cosa, el uso continuo se entiende por todos los instantes; si fuese por días, el del natural se entenderá de veinticuatro horas desde media noche; si fuese durante el día ó la noche, se entenderá entre la salida y la puesta del sol, y si fuese por semanas, se contará desde las doce de la noche del domingo; si fuese por días festivos ó con exclusión de ellos, se entenderán los de precepto en que no se puede trabajar, considerándose únicamente días festivos aquéllos que eran tales en la época de la concesión ó del contrato (4); 5.°, que se ha de guardar en la

---

(1) Art. 156.

(2) Idem 152.

(3) Idem 153; véase la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1871.

(4) Art. 155.

concurrencia de aprovechamientos determinado orden de preferencia. Si se trata de concesiones de aprovechamientos especiales de aguas públicas, se otorgarán prefiriendo los proyectos de más importancia y utilidad, y en igualdad de circunstancias, los que antes hubiesen sido presentados (1); debiendo en todo caso observarse el orden de preferencia siguiente: *a)* abastecimiento de poblaciones; *b)* de ferrocarriles; *c)* riegos; *d)* canales de navegacion; *e)* molinos y otras fábricas, barcas de paso y puentes flotantes; *f)* viveros y criaderos de peces (2); 6.°, que estos aprovechamientos especiales dejaran siempre á salvo los comunes; 7.°, que en las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas se entenderá comprendida la de los terrenos de dominio público necesarios para las obras de la presa y de los canales y acequias; pero no los privados, respecto de los cuales debe atenderse á lo que dispone el párrafo 2.° del art. 151 (3); 8.°, que en todo aprovechamiento de aguas públicas para canales de navegación ó riego, acequias y saneamientos, serán propiedad perpetua de los concesionarios los saltos de aguas, y las fábricas y establecimientos industriales que en su inmediación hubiesen construído ó planteado (4); 9.°, que la Administración no será responsable de la falta ó disminución que pueda resultar en el caudal expresado en la concesión, proceda esto de error ó de cualquier otra causa (5); y 10, que todo aprovechamiento especial de aguas públicas está sujeto á expropiación forzosa en favor de otro aprovechamiento que le preceda, según el orden fijado en el art. 160; pero no del que le siga, á no ser en virtud de una ley especial (6).

4.ª La adquisición del aprovechamiento de las aguas públicas por prescripción, ¿cuándo es exigible? Naturalmente, á falta del

---

(1) Art. 157.

(2) Idem 160.

(3) Idem 151. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1884.

(4) Art. 159.

(5) Idem 154.

(6) Idem 161. Véase el Real decreto-sentencia de 17 de Mayo de 1862.

otro modo de adquisición señalado en el núm. 1.°, es decir, de la concesión administrativa; doctrina ésta aclarada en diversas ocasiones por el Tribunal Supremo, como, por ejemplo, en las sentencias de 3 de Marzo de 1866 y 23 de Diciembre de 1873, con más el Real decreto-sentencia de 10 de Marzo de 1884.

5.ª ¿Cuál es la condición del aprovechamiento de las aguas públicas no consolidado por la posesión durante veinte años? Por sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1889, se ha declarado que en ese caso se trata sólo de un aprovechamiento eventual, sujeto al art. 6.° de la ley y subordinado á los demás adquiridos con anterioridad.

6.ª La preferencia que establece la ley en su art. 169 para los aprovechamientos especiales, ¿implica que el aprovechamiento concedido dé derecho á la absorción completa de las corrientes cuando no sea necesario? Por sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1871 se estableció, refiriéndose al abastecimiento de poblaciones, que no obstan las anteriores concesiones para que puedan hacerse otras nuevas de las aguas sobrantes, según aforo pericial.

7.ª En el supuesto de varias concesiones de igual fecha y de empresas que hubiesen adquirido en virtud de éstas la posesión á un mismo tiempo, ¿qué derecho tienen cuando merman las aguas? Por un Real decreto-sentencia de 10 de Mayo de 1879 se declaró que las empresas que obtienen la concesión y adquieren la posesión en una misma fecha, tienen igual derecho y deben repartirse proporcionalmente el agua en épocas de escasez, después de cubiertos los aprovechamientos anteriores.

8.ª La libertad discrecional que la Administración tiene, dentro de lo dispuesto en los artículos correspondientes de la ley, para otorgar concesiones de agua y conceder permisos, ¿supone que una vez hecha la concesión pueda variarla? Por sentencia de 18 de Enero de 1873, declaró el Tribunal Supremo que, una vez hechas tales concesiones, es un deber el respetarlas, habiendo en su caso hasta el derecho del recurso contencioso-administrativo, al tenor del art. 295 de la ley de 1866 (253 de la de 1879).

9.ª ¿Puede hacerse por un Ayuntamiento una concesión de

aguas condicional? Por Real decreto de 5 de Enero de 1880 se dispuso que, otorgadas las aguas públicas por un ayuntamiento *mientras el pueblo no las necesite*, puede dicha corporación, cuando á la población le hagan falta, privar en todo ó en parte de la cantidad de aguas concedida, y si el interesado se considera ofendido, puede acudir en vía contencioso-administrativa.

10. Para asegurar el preferente aprovechamiento de las aguas públicas, ¿son exigibles determinadas obras? Por sentencia de 15 de Diciembre de 1885 se estableció que no son exigibles, «considerando que... tal obligación no nace de la ley, ni la hace necesaria (en el caso de autos) la fuerza de las cosas, dado que así el recurrente como el recurrido han venido disfrutando de las aguas del río... por un largo período de tiempo».

ARTÍCULO 410

Toda concesión de aprovechamiento de aguas se entiende sin perjuicio de tercero.

Antecedentes y concordancias.—En una de las varias leyes que el tít. 6.° del libro 8.° del Fuero Viejo dedica á la materia de aguas, encuéntrase algo que puede conceptuarse como antecedente de este art. 410. Allí, en efecto, se declara el derecho que tienen los antiguos aprovechamientos de aguas á no ser perjudicados por los más modernos. También puede señalarse otro antecedente en la ley 18, del tít. 22 de la Partida 3.ª, en la cual se dispone que si bien el dueño de un molino no puede impedir que se haga otro molino ó aceña en la misma agua, «debe, sin embargo, ser éste hecho de manera que el corrimiento del agua no le embargue al otro, más que lo haga libremente según que era antes acostumbrada á correr».

La doctrina del respeto á los derechos del tercero en punto al aprovechamiento de aguas está implícita en las disposiciones 3.ª, 4.ª y 5.ª de la Real orden de 14 de Marzo de 1846, y hállase ya claramente establecida en el art. 2.° del Real decreto de 29 de Abril de 1860, pudiendo verse además en los artículos 195, párrafo 1.°, de la ley de 1866, y 150 de la de 1879.

Este art. 410 del Código reproduce el 414 del proyecto de Código civil de 1882 y concuerda con el 432 del código portugués.

Comparado este artículo con el que le sirve de inmediato precedente en la ley de Aguas, se advierte sólo una ligerísima variante en punto á la redacción. Dice, en efecto, el art. 150 de la ley citada, «toda concesión de aprovechamiento de aguas públicas se entenderá *hecha* sin perjuicio de tercero y *dejando á salvo los derechos de los particulares*».

Explicación de este art. 410.—Idea general.—La doctrina que entraña este artículo supone el respeto natural y lógico que las disposiciones emanadas de la Administración deben tener á los derechos que el *tercero*, es decir, el extraño á las relaciones actuales que la nueva disposición administrativa establezca, alegue ó pueda alegar al agua que se concede en aprovechamiento. En su virtud, toda concesión administrativa de aprovechamiento de aguas públicas ha de otorgarse sin causar daño alguno á aquel ó á aquellos que por una concesión administrativa anterior ó por la prescripción de veinte años hubieran adquirido, según el art. 409, otro aprovechamiento de las mismas aguas.

Explicación de los derechos del tercero según la jurisprudencia y las disposiciones administrativas.—La doctrina de los derechos del tercero á que aquí nos referimos, ha sido explicada, interpretada y establecida en muy diversas ocasiones por la jurisprudencia de los tribunales de justicia y por las declaraciones de la Administración. Al efecto de comprender cómo se ha hecho esto, conviene citar algunas sentencias y algunas disposiciones administrativas relativas á la cuestión.

Por un Real decreto-sentencia de 17 de Mayo de 1862 se declaró de un modo terminante que el disfrute adquirido de las aguas públicas constituye un derecho, del cual no puede ser despojado el que lo tuviere sino mediante expropiación forzosa por causa de utilidad pública.

Por sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 1863 se estableció que la preferencia que ha de darse al dueño de un predio superior respecto al del inferior para aprovechar las aguas

que por él pasen, ha de conceptuarse subordinada á la excepción de que no perjudique á un tercero que haya adquirido por algún título legítimo los derechos que deban respetarse.

Por sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Noviembre de 1869 se declaró que la resolución gubernativa que mantiene los derechos preexistentes á la concesión hasta que los tribunales ordinarios fallen sobre su legitimidad, es enteramente conforme á ley.

Por sentencia de 21 de Mayo de 1870 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo) se absolvió á la Administración de cierta demanda, dejando subsistente la Real orden por la que se declaraba que una autorización para aprovechamiento de aguas públicas, «como todas las de su clase, tiene cierto carácter provisional hasta tanto que las obras que se ejecuten, las certificaciones de los ingenieros, el silencio de los particulares y el tiempo, en fin, vengan á demostrar lo inofensivo de los proyectos».

Por sentencia del mismo Tribunal de 18 de Enero de 1873, se recuerda la procedencia del recurso contencioso contra las providencias gubernativas en materia de aprovechamiento de aguas, cuando por ellas se lastimen derechos adquiridos en virtud de disposiciones emanadas de la misma Administración.

Por sentencia del mismo Tribunal de 28 de Diciembre del mismo año, se declaró que la Administración debe respetar el estado posesorio en que un particular se halla, siendo necesario acudir á los tribunales para ver si su título es legítimo.

Por sentencia de 20 de Abril de 1874 del Tribunal Supremo, se declaró que para reclamar por vía contenciosa contra una resolución ministerial que dejó sin efecto una concesión de aguas, es preciso que con ella se haya lesionado el derecho de alguno.

Por Real decreto sentencia de 10 de Abril de 1881 se declaró explícitamente cómo las concesiones administrativas de aprovechamiento de aguas públicas se han de entender siempre sin perjuicio ni menoscabo de los derechos de los primeros usuarios, «por no ser una vana fórmula la de *salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero*, del art. 195 de la ley» (150 de la ley de 1879), como

ya hizo observar el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Mayo de 1870.

Igual doctrina viene constantemente sostenida en repetidas disposiciones emanadas de la Administración, según puede verse, entre otras, en el decreto de 13 de Marzo de 1873, Reales decretos de 10 de Febrero de 1883 y 12 de Abril del mismo año, y otras.

Para terminar, debe hacerse notar que, respecto á los derechos del tercero, ha de considerarse siempre dentro de los límites que supone la ley de Expropiación forzosa por causa de utilidad pública. El art. 161 de la ley de Aguas dispone que todo aprovechamiento especial de aguas públicas está sujeto á la expropiación forzosa en favor de otro que le precede, según el orden fijado en el art. 160, pero no en favor de los que le sigan, á no ser en virtud de una ley.

ARTÍCULO 411

El derecho al aprovechamiento de aguas públicas se extingue por la caducidad de la concesión y por el no uso durante veinte años.

Antecedentes y concordancias.—Pueden señalarse como antecedentes de las disposiciones de este art. 411, la Real orden de 14 de Marzo de 1846 (1.ª y 2.ª), el art. 18 del Real decreto de 29 de Abril de 1860, el 203 de la ley de 1866, y los arts. 11, 148, 158 y otros de la ley vigente de 1879.

Reproduce este artículo el 415 del proyecto de Código de 1882, y tiene alguna relación con el art. 439 del Código civil portugués.

Composición de este artículo en su relación con la vigente ley de Aguas.—Relacionando este art. 411 con sus antecedentes y concordantes de la ley de Aguas nos encontramos con que, de los tres artículos (11, 148 y 158), ninguno de ellos expone y desarrolla en los términos concretos y claros que emplea aquél, las maneras ó modos de perder el derecho al aprovechamiento de las aguas públicas. El 158 contiene implícitamente el principio de la pérdida de

dichos aprovechamientos por la declaración de la caducidad de la concesión. El 148 contiene una disposición que no es, en rigor, la del art. 411, como puede verse: «El que tuviera, dice, derechos declarados á las aguas públicas de un río ó arroyo, sin haber hecho uso de ellas, ó haberlo ejercitado solamente en parte, se le conservarán íntegros por espacio de veinte años, á contar desde la promulgación de la ley de 3 de Agosto de 1866. Pasado este tiempo, caducarán todos los derechos á la parte de aguas, sin perjuicio de lo que se dispone, por regla general, en el art. 149.»

Otro tanto puede decirse del art. 11, que reconoce el derecho á ser respetados en sus usos y aprovechamientos los dueños de predios inferiores cuando el dueño del predio donde naturalmente nacen las aguas no las hubiere aprovechado, consumiéndolas total ó parcialmente, transcurridos veinte años, á partir de la ley de 3 de Agosto de 1866. Indudablemente, el art. 411 del Código civil está más explícito, más claro y más lógicamente concebido en relación con la manera como debe ser desenvuelta la regulación jurídica del aprovechamiento de las aguas públicas. En efecto, así como en el art. 409 sienta los modos de adquirir el aprovechamiento de las aguas públicas: 1.°, por concesión administrativa, y 2.°, por prescripción de veinte años, así en el art. 411, de conformidad con esos dos modos de adquisición del derecho, señala los dos modos de extinción del mismo: 1.°, por caducidad de la concesión, y 2.°, por el no uso (prescripción) de veinte años, después naturalmente de haber salvado los derechos de tercero en el art. 410.

Veamos ahora cómo debe *interpretarse* el art. 411.

¿Cuándo se ha de entender caducada la concesión? Para contestar debidamente á esta pregunta, que es, en rigor, la más importante que el artículo entraña, tenemos en primer término los arts. 158, 196, 209 y 220 de la ley de Aguas, y además algunas decisiones aclaratorias de los tribunales.

En los artículos citados de la ley se contiene un principio general relativo á la caducidad de las concesiones, y varias formas de caducidad especial en relación con determinados aprovecha-

mientos. El principio general es el del art. 158, y las formas especiales las de los arts. 196, 209 y 220 (1).

Según el art. 158, «las concesiones de aprovechamiento de agua caducarán por no haberse cumplido las condiciones y plazos con arreglo á los cuales hubieren sido otorgadas». Este artículo, ó la doctrina que en él se contiene, ha sido aclarada adecuadamente por los tribunales. Refiriéndose á la ley de 1866, se estableció por Real decreto-sentencia de 21 de Mayo de 1878, que no habiéndose utilizado todas las aguas objeto de la concesión, caducará ésta dentro del año á contar desde la autorización en la parte no aprovechada, según el Real decreto de 29 de Abril de 1860, siempre que no se fijare plazo para empezar y concluir las obras, pudiendo el Gobierno otorgar á un tercero la concesión caducada. Extinguidos los derechos del primer concesionario antes de promulgarse la ley de Aguas, no puede conservarlos con arreglo á ésta. Interpretando el alcance de las disposiciones legales relativas á la caducidad de las concesiones por no cumplir la condición del plazo, por Real decreto de 4 de Febrero de 1880 se estableció, «que si bien, conforme al art. 203 de la ley de 3 de Agosto de 1866, procede la caducidad de la concesión cuando transcurre el término señalado en ella para concluir las obras, y no se ha solicitado prórroga mediante justa causa, es preciso que dicha circunstancia conste de un modo indudable, porque la disposición de que se trata, de carácter penal, debe aplicarse restrictivamente».

Las formas especiales de caducidad de que en la ley se habla, son *tres*. La *primera* refiérese á los aprovechamientos para riegos. Según el citado art. 196, obligadas las empresas de canales de riego á conservar las obras durante el tiempo de la concesión, inutilizadas éstas, el Ministerio de Fomento fijará un plazo para la reconstrucción ó reparación. Transcurrido éste sin haber cumplido el concesionario, á no mediar fuerza mayor, en cuyo caso cabe prorrogar-

(1) También el art. 100 se refiere á una manera especial de caducidad y de extinción de derechos en materia de aguas, pero es con relación á la servidumbre de acueducto.

lo, se declara caducada la concesión, sujetándose ésta en sus condiciones á lo dispuesto en la ley de Obras públicas para casos análogos.

La *segunda* refiérese al aprovechamiento de las aguas públicas para canales de navegación. Según el art. 209 de la ley, cuando el mal estado de las obras imposibilitase la navegación, el Gobierno fijará un plazo para reparación de obras ó reposición de material; transcurrido que sea éste sin haberse conseguido el objeto, se declarará caducada la concesión y se anunciará nueva subasta, que tendrá lugar con arreglo á lo que se indica en el art. 196.

La *tercera* es la contenida en el art. 220, el cual dice: «Las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas para establecimientos industriales se otorgarán á perpetuidad y á condición de que si en cualquiera tiempo las aguas adquiriesen propiedades nocivas á la salubridad ó vegetación por causa de la industria para que fueron concedidas, se declarará la caducidad de la concesión, sin derecho á indemnización alguna.»



Complemento al comentario de los artículos 409, 410 y 411.—Jurisdicción competente en materia de aprovechamientos de las aguas públicas.—Cuestiones administrativas y civiles.—La ley de Aguas y la jurisprudencia.—En materia de aprovechamiento de aguas públicas, entraña grave dificultad la determinación adecuada del carácter propio de las cuestiones que en la práctica surgen, á fin de señalar primero el recurso correspondiente para su resolución y consiguiente garantía de los derechos privados, así como la autoridad competente á que en cada caso debe acudirse. Las disposiciones dictadas por la Administración y las sentencias emanadas de los Tribunales, son tan numerosas, habiendo entre ellas mismas alguna vez contradicción tal, que es verdadera obra de romanos orientarse y ordenar convenientemente el asunto. Sin embargo, como el comentario á los arts. 409, 410 y 411 quedaría incompleto sin las necesarias indicaciones respecto de cómo se han resuelto y deben resolverse las cuestiones que su aplicación puede

provocar, procuraremos realizar la tarea á que acabamos de referirnos lo mejor que podamos.

Al efecto, debemos comenzar por señalar el criterio fundamental que puede servir para diferenciar convenientemente las cuestiones sobre aprovechamiento de las aguas públicas. Este criterio nos le da la misma ley de Aguas en sus capítulos 14 y 15.

Según la ley, en materia de aguas intervienen tres autoridades distintas: 1.°, la Administración en las atribuciones que constituyen la llamada vía gubernativa (1); 2.°, los Tribunales contencioso-administrativos (2); y 3.°, los Tribunales ordinarios (3).

Veamos ahora cómo se distribuye el conocimiento de las cuestiones por ley y jurisprudencia; eso nos servirá para comprender el diverso carácter de las mismas en punto á estas materias capitales: 1.°, adquisición del derecho de aprovechamiento de las aguas públicas; 2.°, derecho de tercero; y 3.°, extinción del derecho de aprovechar dichas aguas públicas.

A la Administración corresponde: 1.°, todo lo relativo al otorgamiento de las concesiones, salvo cuando expresamente se reserve tal otorgamiento al Poder legislativo (4); 2.°, garantir y respetar, dentro de ciertos límites, el derecho de terceros, entendiendo en la resolución definitiva de las cuestiones que se susciten en la aplicación de la ley, salvo los recursos que ésta reconoce en determinados casos (5); 3.°, entender en la caducidad de las concesiones (6).

Pero como la Administración comprende varias representaciones en su organismo jerárquico de funcionarios, el desenvolvimiento de su acción gubernativa reglada y discrecional entraña la necesidad de determinar de qué manera obra aquélla, y cómo el particular se puede relacionar con los diversos agentes administrativos. A este efecto conviene tener presente que, según la ley,

(1) Cap. 14 de la ley.

(2) Cap. 15 de íd.

(3) Ibidem.

(4) Art. 248, núm. 2.° de la ley.

(5) Art. 248, núm. 3.°.

(6) Ibidem.

el encargado de la ejecución y aplicación de la misma es el Ministro de Fomento, y que él es el que en definitiva resuelve todo lo referente á los problemas administrativos, pero con esta salvedad: cuando las decisiones de los funcionarios inferiores no causen estado (1); pues en este caso, como en el caso de una decisión del Ministro mismo, puede hacerse uso de los dos recursos: el contencioso administrativo, y el de acudir ante los tribunales ordinarios, según los casos.

Veamos ahora de qué suerte se ha delineado la acción administrativa (vía gubernativa) por la jurisprudencia y por las decisiones administrativas. A dos cuestiones capitales cabe reducir en este punto la doctrina legal resultante de las decisiones administrativas y de la jurisprudencia:

Primera. Determinación de la competencia de los delegados ó agentes del Poder ejecutivo, representado, en función de administrar, por el Ministro de Fomento. ¿Cabe siempre el recurso de alzada contra las providencias de los gobernadores civiles en materia de aprovechamiento de aguas públicas? Naturalmente, cabe siempre que por la ley no pueda considerarse que tales providencias causen estado. Pero esta cuestión general se ha presentado especialmente en relación al caso siguiente: corresponde al gobernador, según los arts. 184 y 218 de la ley, conceder autorización para aplicar el agua de los ríos á artefactos y molinos industriales, etc. Ahora bien: contra sus providencias en esta materia, ¿qué recurso tiene el que se crea perjudicado? La doctrina legal parece bastante conforme en considerar improcedente la vía gubernativa, conceptuando necesario el recurso contencioso-administrativo. Tal se decidiera por sentencias del Tribunal de lo Contencioso de 5 de Julio de 1879 y de 7 de Marzo de 1891, con más por la Real orden de 13 de Marzo de 1885. Pero la sentencia de 24 de Febrero de 1891 estableció una doctrina contraria. A pesar de esto, creemos que la verdadera doctrina legal es la primera, pues no hay duda que de los términos de la ley en los artículos citados, y

(1) Art. 248, núm. 3.º

de lo que la misma ley dice en el núm. 3.° del art. 248, las decisiones de los gobernadores en la materia indicada causan estado, «por no existir, como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de Marzo citada, disposición legal alguna que establezca expresamente la alzada al Ministerio de Fomento» contra dicha providencia, «como trámite necesario para apurar la vía gubernativa». Así, pues, contra ellas cabe sólo el recurso contencioso-administrativo ante los tribunales provinciales.

Segunda. Definición del alcance de la acción administrativa á partir del reconocimiento de las atribuciones en punto á otorgar concesiones, respetando los derechos de tercero, y á declarar aquellas caducadas.

Hay sobre esto muchas disposiciones, de las cuales se infiere lo siguiente:

1.° Contra las decisiones legítimas de la Administración en materia de aguas no procede el interdicto, art. 252 de la ley; entre otras decisiones están los Reales decretos de 4 de Julio de 1884, de 19 de Abril de 1878 y de 20 de Abril de 1883.

2.° La Administración obra dentro del círculo de sus atribuciones en materia de aprovechamientos de las aguas públicas, no en las cuestiones de propiedad.—Real decreto-sentencia de 5 de Julio de 1883 y Real decreto de 15 de Enero de 1886.

3.° La competencia de la Administración en punto al debate que puede surgir sobre aprovechamiento de aguas, y reclamación de tercero, redúcese á mantener y hacer respetar el estado posesorio.—Todo debate ulterior corresponde á los tribunales.—Cuando lo que se debate es el estado de hecho actual de la posesión, es la Administración competente.—También lo es cuando se trata de usurpación reciente y de fácil comprobación.—Esta competencia se entiende sin perjuicio de otros recursos—Real decreto-sentencia de 21 de Mayo de 1865, sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Diciembre de 1871 y de 28 de Diciembre de 1873, Real decreto-sentencia de 21 de Mayo de 1865, y Reales decretos de 26 de Mayo de 1866, de 10 de Enero de 1867 y de 12 de Mayo de 1888, etc., etc.

4.° La Administración es competente para autorizar el aprovechamiento de aguas particulares cuando sólo se trata de las sobrantes.—Reales órdenes de 9 de Abril y de 18 de Mayo de 1866.

5.° La Administración, en punto á los perjuicios que puede sufrir el tercero, debe limitarse á precaver los más ostensibles, previo dictamen pericial.—Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 1871.

6.° Corresponde á la Administración entender en las cuestiones de apertura y conservación de cauces para las aguas públicas.—Real decreto de 10 de Junio de 1863.

7.° La administración es competente en todo lo relativo á la primera distribución y aprovechamiento de las aguas públicas.—Real decreto de 7 de Abril de 1869.

8.° La Administración es competente para determinar el alcance y extensión de las concesiones de aprovechamiento de aguas públicas.—Real decreto de 30 de Enero de 1884.

***

Para determínar ahora el carácter propio de las cuestiones sobre aprovechamiento de las aguas públicas desde el punto de vista de la respectiva competencia de los tribunales contencioso-administrativo y de los ordinarios, debemos partir de las disposiciones legales vigentes: son éstas los arts. 253, 254, 255 y 256 de la ley de Aguas. Luego aclararemos tales disposiciones á la luz de la jurisprudencia y de las decisiones administrativas.

Lo contencioso-administrativo en materia de aprovechamiento de las aguas públicas.—Según el citado art. 253, compete á la jurisdicción contencioso-administrativa conocer en los recursos contra las providencias dictadas por la Administración en materia de aguas, en los casos siguientes: 1.°, cuando se declare la caducidad de una concesión hecha á particulares ó empresas en los términos prescritos en la ley general de Obras públicas; 2.°, cuando por ella se lastimen derechos adquiridos en virtud de disposiciones emanadas de la misma Administración; 3.°, cuando se imponga á

la propiedad particular alguna limitación ó gravamen en los casos prescritos por esta ley; y 4.°, en las cuestiones que se susciten sobre resarcimiento de daños y perjuicios á consecuencia de dichas limitaciones y gravámenes.

La base fundamental para la procedencia del recurso contencioso-administrativo, es que se ha de ir contra las providencias dictadas por la Administración en uso de sus facultades regladas, que por ellas resulte lesionado un derecho particular anterior de carácter administrativo y que no quepa recurso alguno por la vía gubernativa.

De conformidad con esta base, las resoluciones más importantes que pueden ayudarnos á comprender la esfera de la competencia contencioso-administrativa en la materia que tratamos, son las siguientes,

1.° Para que proceda la vía contencioso-administrativa contra una concesión de aguas, es necesario que con ella se haya lastimado algún derecho.—Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Abril de 1874.

2.° Pudiéramos reproducir aquí la cuestión de la procedencia del recurso contencioso-administrativo contra las providencias que causan estado de los gobernadores de provincia, pero no hay para qué: sólo añadiremos que procede también dicho recurso contra las providencias de los alcaldes y Diputaciones, pues aunque por sí no son resoluciones que causen estado, una vez aprobadas implícitamente por el Gobernador civil de la provincia, en el hecho de darse por enterado y de trasladarlas para su cumplimiento al alcalde, «el tribunal contencioso tiene ya jurisdicción para conocer de la materia».—Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1873.

3.° La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa limítase á la resolución del hecho material de la posesión en el acto de interponerse la demanda contenciosa.—Real decreto-sentencia de 15 de Julio de 1864.

4.° La jurisdicción contencioso-administrativa es competente para restituir en la posesión y amparar en ella á los que vienen

disfrutándola de tiempo inmemorial.—Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Noviembre de 1869.

5.° Procede el recurso contencioso-administrativo contra la suspensión de una concesión otorgada, cuando ésta se ha dispuesto en virtud de oposición de un interesado y hasta tanto que se ventile el mejor derecho.

Jurisdicción de los tribunales ordinarios en materia de aprovechamiento de las aguas públicas.—La ley declara en este punto que compete á los tribunales ordinarios el conocimiento de las cuestiones relativas: 1.°, al dominio de las aguas públicas y al dominio de las aguas privadas y de su posesión (1); 2.°, al dominio de las playas, álveos ó cauces de los ríos, y dominio y posesión de las riberas (2); 3.°, á la preferencia del derecho de aprovechamiento de las aguas pluviales y demás aguas fuera de su cauce natural, si la preferencia que los particulares disputan se funda en títulos de derecho civil (3); 4.°, á los daños y perjuicios ocasionados á tercero en sus derechos de propiedad particular, cuya enajenación no sea forzosa y que hubieren sido ocasionados por la apertura de pozos ordinarios y artesianos, y por toda clase de aprovechamientos en favor de particulares (4).

La jurisprudencia y las decisiones administrativas han venido definiendo la esfera de estas competencias, como vamos á ver:

1.° Abundan las decisiones por las cuales se recaba para los tribunales ordinarios la competencia en todo lo referente á las cuestiones de propiedad y posesión. Es doctrina esta, mantenida con diversos motivos, por Reales decretos-sentencias de 15 de Abril de 1864 y de 21 de Enero de 1869, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Marzo de 1874, 23 de Diciembre de 1885 y 12 de Junio de 1889, y por Reales decretos de 4 de Noviembre de 1869, de 30 de Diciembre de 1863 y de 15 de Enero de 1886, de-

(1) Art. 254, núm. 1.°
(2) Art. 254, núm. 2.°
(3) Art. 255.
(4) Art. 256.

creto de 21 de Enero de 1869, y Reales órdenes de 8 de Abril y 24 de Junio de 1880, 20 de Enero de 1885, etc., etc.

2.° La indemnización de perjuicios es de interés privado: así, pues, los que resulten de un nuevo aprovechamiento deben ventilarse ante los tribunales ordinarios.—Real orden de 2 de Julio de 1863. Análoga doctrina sostienen los decretos de 3 de Noviembre de 1872 y 11 de Marzo de 1873, y el Real decreto de 25 de Septiembre de 1889.

3.° Corresponde á la autoridad judicial conocer de la reclamación que se dirija contra un concesionario, no con el objeto de disputarle la concesión, sino con el de discutir el derecho que pueda tener aquél á verificar ciertas obras que pueden perjudicar la propiedad particular del reclamante.—Real decreto de 15 de Abril de 1883.

4.° Una cuestión importante para el interesado en las aguas públicas, es cuándo procede y cuándo no procede el interdicto. Ya al establecer la competencia de la Administración, expusimos el principio general legal. Vamos á exponer aquí cómo se ha aplicado el principio en la práctica. Procede el interdicto cuando se hubiere propuesto por parte de quien, al darse principio á una obra en virtud de concesión administrativa, se sintiera perjudicado en sus derechos, porque el interdicto no se propone impugnar la concesión administrativa, aunque comprobado el perjuicio de tercero, ya no pueda considerarse subsistente.—Real decreto de 27 de Noviembre de 1878.—Igualmente procede para recobrar las aguas sobrantes de una fuente que por título de compra disfrute el particular.—Real decreto de 10 de Febrero de 1883.—Procede también cuando en la ejecución de una obra para el aprovechamiento, se despoja á un particular de su posesión ó propiedad.—Real decreto de 9 de Julio de 1862.—Procede además siempre que se trate de mantener el estado posesorio de un derecho privado.—Decreto de 10 de Febrero de 1874.—Se declara el interdicto procedente, encaminándose á reparar el acto abusivo de un gobernador, dictado en negocio ajeno á la competencia de las autoridades administrativas.—Decreto de 4 de Diciembre de 1869.—Por último, en Real

decreto de 5 de Mayo de 1879, se declaró improcedente el interdicto cuando, siendo la providencia gubernativa legal, las obras hechas en virtud de la concesión han sido ejecutadas conforme á las condiciones de la misma; esto, naturalmente, sin perjuicio de los recursos á que el interesado pudiera tener derecho, ya ante los tribunales contencioso-administrativos, ó ya ante los tribunales ordinarios, según lo que, atendida la naturaleza del derecho lesionado, dispongan las leyes.

SECCIÓN TERCERA

DEL APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS DE DOMINIO PRIVADO

Continúa el Código civil desenvolviendo en esta sección las consecuencias directas de las declaraciones que sirven de fundamento á la distinción capital del dominio de las aguas en público y privado (arts. 407 y 408). Esta sección tercera viene á ser el complemento natural y necesario, en la operación sintética que el Código civil verifica de los principios sustantivos de la ley de Aguas, del art. 408. Señalándose en éste las aguas que son de dominio privado, en los arts. 412 al 416 se determinan las condiciones particulares bajo que ha de efectuarse su aprovechamiento, que es, después de todo, en lo que más especialmente se caracteriza lo particular y distintivo de esta clase de propiedad.

Considerada en junto la sección tercera, parece al pronto que tiene así como un cierto carácter fragmentario é inórgánico; pero no es así en rigor. Resulta la apariencia de la disposición respectiva de los cinco artículos que la forman. Sin duda que hubiera resultado más sistemático el Código civil si, al desarrollar esta materia especial, hubiera partido de la disposición más capital y más general de las que la sección contiene, cual es la del art. 414, en que se fija, aunque sea en términos negativos, la consecuencia natural de la propiedad de un predio que sirve de fundamento á los derechos que el dueño de él tiene sobre las aguas que se conceptúan de dominio privado, y excluyen de éste á cualquiera que no sea el dueño mismo. A este principio general debían seguir los que

se contienen y formulan en los demás artículos, á partir del 412, que se refiere á la condición del aprovechamiento de las aguas continuas y discontinuas, y siguiendo luego por los demás en que se señala las diferentes limitaciones impuestas al aprovechamiento de las aguas de dominio privado, ya á las contínuas y discontínuas (art. 415), ya á las pluviales (arts. 413 y 416), siempre en consideración á los derechos de tercero (arts. 413, 415 y 416), ó de tercero y del público (art. 416). Pero es de tan escaso alcance la observación crítica que esta indicación relativa al plan significa, que no hay para qué insistir. Realmente, sin gran esfuerzo puede descubrirse el enlace lógico, interno, de las diversas disposiciones de la sección tercera, como está claro el enlace de ésta con el art. 409, ya comentado.

ARTÍCULO 412

El dueño de un predio en que nace un manantial ó arroyo, continuo ó discontinuo, puede aprovechar sus aguas mientras discurran por él; pero las sobrantes entran en la condición de públicas, y su aprovechamiento se rige por la ley especial de Aguas.

Antecedentes y concordancias.—No pueden con todo rigor señalarse en el derecho antiguo antecedentes directos á este artículo, al menos con el carácter específico con que para otras pueden señalarse. Sin embargo, cabe indicar como precedentes, en un cierto sentido general y lato, la ley 11, párrafo 6.°, tít. 3.°, libro 35 del Digesto, y en nuestro derecho la ley 15, tít. 33 de la Partida 3.ª

Para encontrar los verdaderos precedentes legales de la disposición del art. 412, es preciso llegar á las dos leyes de Aguas de 1866 y de 1879. En efecto, el art. 34 de la primera, aunque en términos diferentes y estableciendo una doctrina distinta, en punto al carácter legal de las aguas de dominio privado, al salir como sobrantes no aprovechados del predio de origen y continuar discurriendo por predios también como éste de propiedad particular;

referíase en definitiva al mismo caso y relación jurídica que el Código civil. Por su lado, el art. 5.° de la segunda ley citada, es decir, de la ley vigente, viene á decir con más detalles, en su párrafo 1.°, lo mismo que el art. 412 en su primer párrafo, He aquí como habla la ley de Aguas en el referido art. 5.°: «Tanto en los predios de particulares como en los de propiedad del Estado, de la provincia ó de los pueblos, las aguas que en ellos nacen, contínua ó discontínuamente, pertenecen al dueño respectivo para su uso y aprovechamiento, mientras discurran por los mismos». Añadiendo luego, al comenzar el párrafo siguiente, algo que es lo mismo que el art. 412 declara á su vez: «En cuanto las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron, ya son públicas para los efectos de la presente ley.»

El art. 412 del Código civil reproduce el 417 del proyecto de Código de 1882, y concuerda en parte con los arts. 540 y 543 del código italiano, 641 del francés, 834 del de Chile, etc., etc.

Interpretación de este artículo.—Refiérese este art. 412 al aprovechamiento de las aguas de manantiales ó arroyos, continuas ó discontinuas, que nacen en un predio de propiedad privada; está, por tanto, en relación estrechísima con el núm. 1.° del art 408, en el cual, al fijar el dominio privado de tales aguas, se da al dueño de ellas todas las facultades que el dominio de una cosa entraña en cuanto á la relación que entre dicha cosa y su propietario se refiere. Así, en virtud de tal dominio, el propietario del predio dispone como propietario de la fuente, manantial, arroyo ó lo que fuese, y del agua que lo constituya; pero en razón de la particular naturaleza del agua que discurre y marcha por su cauce, en cuanto no se aproveche, ó al aprovecharla no se agote ó consuma, este dominio privado hállase sometido á las condiciones que implican de un lado el mismo núm. 1.° del art. 408 (son las aguas del dueño del predio, mientras discurran por él), en relación con el número 8.° del art. 407, y de otro la declaración del art. 412, según, el cual, la facultad que al dueño de tales aguas corresponde es la de aprovecharlas y utilizarlas mientras discurren por su predio; pero en cuanto salen de él entran en la condición de públicas y se

rigen, como luego veremos, con más las limitaciones que explícitamente se establecen en el art. 415.

Fuera de esto, la cuestión más interesante que la interpretación del art. 412 entraña, es la siguiente. ¿Cómo ha de regularse el aprovechamiento de las aguas de dominio privado, de que habla dicho artículo, en relación con el aprovechamiento de las que, como sobrantes, entran en el dominio público? Hay que ver la ley de Aguas, en su art. 5.°, párrafo 2.°, y arts. 6.°, 7.°, 9.° y 10. En su virtud, puede decirse: 1.°, cuando las aguas sobrantes de que se trata, después de haber salido del predio donde nacen, entran naturalmente á discurrir por otro de propiedad privada, bien sea antes de llegar á los cauces públicos, ó bien después de haber corrido por ellos, el dueño de dicho predio puede aprovecharlas eventualmente, y luego el inmediatamente inferior, si le hubiere, y así sucesivamente, con sujeción á lo que dispone el art. 10 (1); 2.°, todo aprovechamiento eventual de las aguas de manantiales y arroyos en cauces naturales, pueden ponerlo por obra los dueños de los predios inferiormente situados, siempre que no empleen otro atajadizo más que de tierra y piedra suelta, y que la cantidad de aguas para cada uno de ellos consumida no exceda de 10 litros por segundo de tiempo (2); 3.°, para el aprovechamiento eventual se guardará el orden de preferencia siguiente: *a)* los predios por donde discurran las aguas antes de su incorporación con el río, guardando el orden de su proximidad al nacimiento de las corrientes y respetando su derecho al aprovechamiento eventual en toda la longitud del predio; *b)* los predios fronteros ó colindantes al cauce por el orden de proximidad al mismo, y prefiriendo siempre los superiores; pero se entenderá que en estos predios inferiores y laterales, el que se hubiese anticipado por un año y un día en el aprovechamiento, no puede ser privado de él por otro, aunque éste se halle situado más arriba en el discurso del agua, y que ningún aprovechamiento eventual podrá interrumpir ni atacar de-

(1) Art. 5.°

(2) Art. 6.°

rechos anteriormente adquiridos sobre las mismas aguas en región inferior (1); 4.°, las aguas no aprovechadas por el dueño del predio donde nacen, así como las que sobrasen de su aprovechamiento, saldrán del predio por el mismo punto de su cauce natural y acostumbrado, *sin que puedan ser en manera alguna desviadas* del curso por donde primitivamente se alejaban. Lo mismo se entiende con el predio inmediatamente inferior respecto del siguiente, observándose siempre este orden (2); 5.°, si el dueño de un predio donde brotó un manantial natural no aprovechase más que la mitad, la tercera ú otra cantidad fraccionaria de sus aguas, el remanente ó sobrante entra en las condiciones del art. 5.° respecto de los aprovechamientos inferiores (3); 6.°, cuando el dueño de un predio donde brote un manantial no aproveche más que una parte fraccionaria determinada de sus aguas, continuará en épocas de disminución ó empobrecimiento del manantial usando y disfrutando la misma cantidad de agua absoluta, y la misma será en desventaja y perjuicio de los regantes ó usuarios inferiores, cualesquiera que fueren sus títulos de disfrute (4).

Otras cuestiones nacen, sin duda, al desenvolver el principio que entraña el art. 412; pero son todas, ó teniendo en cuenta los derechos de tercero, ó bien por razón de servidumbre. Dejando estas últimas para su lugar oportuno, trataremos de las primeras al comentar el art. 415.

ARTICULO 413

El dominio privado de los álveos de aguas pluviales no autoriza para hacer labores ú obras que varíen su curso en perjuicio de tercero, ni tampoco aquellas cuya destrucción, por la fuerza de las avenidas, pueda causarlo.

---

(1) Art. 7.°

(2) Art. 9.°

(3) Art. 10, párrafo 1.°

(4) Art. 10, párrafo 2.°

Antecedentes y concordancias.—Los antecedentes legales inmediatos de este artículo redúcense al art. 69 de la ley de Aguas de 1866 y al art. 31 de la ley de 1879. En este punto el legislador se ha limitado á transcribir casi literalmente dicho art. 31 al Código civil. Sólo ha suprimido algunas palabras, dándole además un cierto carácter de mayor generalidad, pues así como la ley, al referir los perjuicios ó daños que las aguas pluviales pueden ocasionar, á consecuencia de las labores ú obras que se prohiben en su última parte, alude «á predios, fábricas ó establecimientos, puentes, caminos ó poblaciones», el Código alude á tercero, sea éste quien fuere, y entraña cualquier clase que sea de interés, público ó privado.

El art. 413 reproduce el art. 418 del proyecto de Código civil de 1882, y concuerda, entre otros, con el art. 640 del código Napoleón, 345 del código italiano, 434 del portugués, etc., etc.

Explicación de este artículo.—Trata este artículo de las aguas pluviales, y viene en primer término á aclarar el sentido y alcance de los números 4.° y 5.° del art. 408, en cuanto señala, refiriéndose al respetable interés de tercero, el límite con que debe ejercerse el derecho de dominio sobre los álveos por donde discurren las aguas pluviales.

La razón filosófico-jurídica de este artículo, ó sea de la limitación que establece, es clara y surge de la condición particular del objeto de la propiedad *especial* de que se trata. En efecto, el dominio que corresponde al dueño de los predios sobre las aguas pluviales que en ellos caen y sobre los cauces por donde éstas discurren, no puede suponer el desconocimiento del derecho que el dueño del predio por donde natural y necesariamente deben ó pueden continuar discurriendo tiene á no ser perjudicado en sus propiedades á consecuencia de obras ó labores por el primero ejecutadas. De no ser así, resultaría que éste se enriquecería á costa del otro, lo cual es injusto.

Por lo demás, el art. 413, aparte de este aspecto negativo y limitativo del derecho de dominio, entraña un aspecto positivo, por cuanto, al señalar el límite que marca á la facultad de aprovecharse de los álveos de las aguas pluviales, prohibiendo hacer

ciertas obras, viene á reconocer implícitamente que el dominio privado de los álveos de aguas pluviales autoriza para hacer labores ú obras que varíen su curso ó con cualquier otro fin, siempre y cuando que todo ello se verifique sin causar daño á tercero.

ARTÍCULO 414

Nadie puede penetrar en propiedad privada para buscar aguas ó usar de ellas sin licencia de los propietarios.

Antecedentes y concordancias.—Son los antecedentes legales de carácter específico, que á este artículo 414 pueden señalarse, muy inmediatos. En efecto, redúcense á ciertas disposiciones contenidas en el art. 167 de la ley de 1866 y en el 127 de la de 1879. Pero comparando el texto de la disposición misma, según aparece redactado en el Código y en las leyes respectivamente, no puede menos de admitirse que si el antecedente es inmediato, hasta el punto de que el art. 414 del Código copia casi literalmente, tanto el final del párrafo del art. 167 de la primera de las leyes citadas, cuanto el final también del párrafo del art. 127 de la segunda, la situación de las respectivas disposiciones es distinta, lo cual hace que pueda en rigor afirmarse que la del Código civil tiene otro alcance.

Basta fijarse en lo siguiente. El art. 127 de la ley de 1879 (prescindiremos de la ley de 1866), está colocado entre las disposiciones relativas á los aprovechamientos comunes de las aguas públicas, y dice: «En las aguas que, apartadas artificialmente de sus cauces naturales y públicos, discurriesen por canales, acequias y acueductos descubiertos, aunque pertenezcan á concesionarios particulares, todos podrán extraer y conducir en vasijas la que necesiten para usos domésticos ó fabriles y para el riego de plantas aisladas; pero la extracción habrá de hacerse precisamente á mano, sin género alguno de máquina ó aparato, y sin detener el curso del agua ni deteriorar las márgenes del canal ó acequia. Todavía deberá la autoridad limitar el uso de este derecho cuando cause perjuicio al concesionario de las aguas. *Se entiende que en propiedad privada nadie puede penetrar para buscar ó usar el agua, á no mediar li-*

cencia del dueño.» Es evidente que por la disposición en que esta última declaración legal se encuentra en el art. 127, la prohibición se refiere expresamente á las aguas de concesiones hechas á particulares y que atraviesan por predio de propiedad privada. Según esto, la ley, en esta disposición concreta, no podía entender que garantizaba la propiedad particular con respecto de otras clases de aguas. Tal garantía era preciso inducirla del concepto general de la propiedad privada de la tierra. Ahora bien: el art. 414 está colocado entre las disposiciones que regulan el aprovechamiento de las aguas de dominio privado, es decir, de las aguas de que habla el art. 408, por tanto, su alcance es otro; refiérese á dichas aguas y garantiza la integridad del dominio de los predios contra cualquiera que penetre en los mismos «para buscar aguas ó usar de ellas sin licencia del dueño». En su virtud la garantía análoga de los predios, respecto de las aguas á que alude el art. 127 de la ley, es preciso buscarla en este mismo artículo.

Por lo demás, el art. 414 del Código reproduce el 419 del proyecto de 1882, y concuerda, entre otros, con el 463 del Código civil de Portugal.

Explicación del artículo y cuestiones.—Según dejamos indicado, el presente art. 414 es, de todos los que forman esta sección tercera, el que sienta un principio más general, en cuanto no se refiere en particular á ninguna de las clases de aguas de dominio privado, como los otros artículos. Afirma primero de un modo explícito el derecho del dueño de un predio á no permitir que nadie penetre en él á buscar ni usar de las aguas que por él discurren sin su licencia, con lo cual el Código no hace más que sentar una lógica consecuencia del derecho mismo de propiedad. Por otra parte, considerando el art. 414 como referido especialmente á las aguas de dominio privado (tal es el título de la sección), viene implícitamente á dar una condición más al derecho de dominio que sobre las aguas de propiedad particular tiene el dueño del predio donde nacen y mientras por él discurren (art. 408, núm. 1.°, y art. 412), ó donde estén (art. 408, núm. 2.°), ó que en él se encuentren (art. 408, núm. 3.°, arts. 417 y 418), ó, por último, que

en él caigan (art. 408, núm. 4.°, y art. 416). En efecto, al disponer que nadie pueda penetrar en predio de propiedad particular en busca de aguas ó para aprovechar las que hubiere sin licencia del dueño, á la vez que se confirma el dominio de éste en el predio se afirma su dominio sobre las aguas.

Considerando los términos explícitos en que el art. 414 se encuentra concebido, ¿habrá de reputarse que su alcance es absoluto y sin excepción posible? Naturalmente, como lo que, mediante el art. 414 se hace, no es establecer un derecho de propiedad de condición particular, sino garantir el derecho mismo de propiedad general, la declaración de dicho artículo no obsta para la aplicación posible de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública.

Fuera de esta limitación general, ¿podrá conceptuarse aplicable otra de que la ley de Aguas habla en el art. 162? Parécenos que sí, dados los términos en que se halla concebido este artículo y que el Código civil no deroga la ley especial de Aguas. En su virtud, la prohibición á que el art. 414 se refiere, ha de entenderse con la salvedad siguiente de dicho art. 162 de la ley, el cual dispone que «en los casos urgentes de incendio, inundación ú otra calamidad pública, la *autoridad ó sus dependientes* podrán disponer instantáneamente, y sin tramitación ni indemnización previa, pero con sujeción á las ordenanzas y reglamentos, de las aguas necesarias para contener ó evitar el daño. Si las aguas *fuesen públicas* no habrá lugar á indemnización: mas si tuviesen aplicación industrial ó agrícola, ó *fuesen de dominio particular* y con su distracción se hubiese ocasionado perjuicio apreciable, será éste indemnizado inmediatamente.»

ARTÍCULO 415

El dominio del dueño de un predio sobre las aguas que nacen en él no perjudica los derechos que legítimamente hayan podido adquirir á su aprovechamiento los de los predios inferiores.

Antecedentes.—Los antecedentes inmediatos de este artículo están, como los de los anteriores, en las leyes de Aguas de 1866 (arts. 40 y 42) y de 1879 (arts. 8.°, 10 y 11), siendo además dicho artículo reproducción del art. 420 del proyecto de Código civil de 1882.

No insistiremos en determinar de qué modo la doctrina de estas leyes, y especialmente de la ley de 1879, pasó al Código civil concretada en los términos del art. 415, porque la interpretación y aplicación de éste tiene que hacerse, como vamos á ver, con arreglo á los tres artículos citados de la ley, es decir, los arts. 8.°, 10 y 11, y en concordancia adecuada con otros, como el 14.

Explicación é interpretación del art. 415.—Refiérese este artículo especialmente á las aguas que nacen en los predios de propiedad particular. El fundamento de su disposición está claro y nace de la naturaleza misma de las aguas de que se trata (aguas corrientes), las cuales por su disposición material han de ser utilizadas en virtud de relaciones de aprovechamientos sucesivos de predios superiores á inferiores, todo lo que implica la necesidad de sentar reglas claras, basadas en principios jurídicos, que garanticen los derechos que naturalmente puedan surgir en favor de aquéllos, que si por la situación material de sus propiedades *(inferiores* con relación á la marcha de las aguas), pueden y deben, en general, ser considerados como de condición subordinada con respecto del dueño del predio en que el agua nace, sin embargo, por haberse adelantado ó persistido en el aprovechamiento de las aguas, han adquirido un derecho preferente y respetable. Trátase, en rigor, de un caso en que la condición del tiempo, al provocar una relación psicológica más intensa, más intencionada, vence justamente la condición del espacio, que es aquí indiferente cuando no concurren los actos jurídicos que entraña la relación de aprovechamiento.

Ahora bien: esos derechos del tercero, á que el art. 415 se refiere, ¿cómo pueden nacer, y en qué condiciones han de producirse y mantenerse, para que, siendo legítimos, limiten la acción que en otro caso corresponde al dueño del predio donde el agua nace?

Para contestar debidamente á esta pregunta, que es la capital

en este artículo, es preciso, independientemente del derecho común del Código civil (1), acudir á la ley de Aguas. En ella nos encontramos: 1.°, con el art. 8.°, que nos señala como modo de adquirir un derecho á aprovechar el agua de manantiales y arroyos por los dueños de predios inferiores, y en su caso por los colindantes, la prescripción de veinte años: este derecho es uno de los que está obligado á respetar el dueño del predio, á que alude el art. 415 del Código; 2.°, con el art. 10, el cual, refiriéndose á los sobrantes de aguas de manantiales que naturalmente broten en cualesquiera predios de propiedad particular, dice «que los predios inferiormente situados, y los lateralmente en su caso, adquieren, por el orden de su colocación, la opción á aprovechar aquellas aguas y á consolidar por el uso no interrumpido su derecho: pero se entiende que en estos predios inferiores ó laterales, el que se anticipara ó hubiere anticipado por un año y un día, no puede ser privado de él por otro, aun cuando éste estuviese situado más arriba en el discurso del agua»; 3.°, con el art. 11, el cual dispone que «si transcurridos veinte años, á contar desde el día de la promulgación de la ley de 3 de Agosto de 1866, el dueño del predio donde naturalmente nacen unas aguas no las hubiera aprovechado, consumiéndolas total ó parcialmente de cualquier modo, perderá todo derecho á interrumpir los usos y aprovechamientos inferiores de las mismas aguas que por espacio de un año y un día se hubiesen ejercitado».

Esta limitación que los derechos adquiridos por los dueños de los predios inferiores imponen en el uso de sus aguas al dueño del predio donde aquéllas nacen, ¿es absoluta? no, ciertamente. La ley, en el art. 14, después de sentar el derecho que adquieren los dueños de los predios inferiores que aprovechasen las aguas (todas ó parte) durante año y día, por interrumpir su aprovechamiento el dueño del predio donde nacen, por año y día también, en los casos de los arts. 5.° y 10, y siempre que hubiesen transcurrido veinte años desde la publicación de la ley de 1866, añade: «Sin embargo, el dueño del predio donde nacieren conservará siempre el derecho

(1) Véase luego la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1883.

á emplear las aguas dentro del mismo predio como fuerza motriz, ó en otros usos que no produzcan mermas apreciables en su caudal ó alteración en la calidad de las aguas, perjudicial á los usos inferiormente establecidos.»

La jurisprudencia del Tribunal Supremo.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene sentando una doctrina uniforme y constante, conforme en un todo al contenido de los artículos de las leyes de 1866 y 1879, que es el del Código civil en el artículo 411. En efecto, por sentencia de 28 de Abril de 1863, el Tribunal Supremo estableció que la preferencia en el aprovechamiento de aguas por el dueño de un predio superior, está subordinada á la excepción de que no perjudique á un tercero que hubiere adquirido otro aprovechamiento por título legítimo; por otra sentencia de 3 de Abril de 1868, el mismo Tribunal dispuso que el dueño de un predio lo es también de la fuente que en el mismo nace, salvo el derecho que otro haya adquirido por *título* ó *prescripción*; otra de 7 de Mayo de 1870 estableció, que el dueño de un cortijo no puede ser privado del derecho de disfrutar las aguas en los términos en que ha estado por tiempo de veinte años en posesión de este mismo derecho; por otra de 12 de Enero de 1883 se estableció que el principio general que regula los aprovechamientos de aguas, al tenor de los arts. 5.° y 7.° de la ley de 13 de Junio de 1879, se entiende limitado, según el art. 8.°, cuando los dueños de los predios inferiores poseen y disfrutan las aguas sin oposición por *espacio de veinte años,* ó cuando, *conforme al derecho común, esta limitación se pacta entre los respectivos dueños.* Análoga doctrina puede verse formulada en otras sentencias, como, por ejemplo, en las de 4 de Junio de 1872, 27 de Enero de 1879, etc., etc.

ARTÍCULO 416

Todo dueño de un predio tiene la facultad de construir dentro de su propiedad depósitos para conservar las aguas pluviales, con tal que no cause perjuicio al público ni á tercero.

Antecedentes.—Fuera de los antecedentes generales que pueden encontrarse en las leyes de Partida, los inmediatos y específicos están en las dos leyes de Aguas tantas veces citadas. El párrafo 1.º del art. 30 de la ley de 1866, después de declarar el dominio del dueño de un predio sobre las aguas pluviales que en él caen ó se recogen mientras por el mismo discurran, hace una declaración análoga á la del artículo que examinamos. Por otra parte, el art. 1.º de la ley de 1879 dice: «Pertenecen al dueño de un predio las aguas pluviales que caen en el mismo mientras discurren por él» (lo cual puede verse declarado en términos análogos en el Código civil, núm. 5.º del art. 408); y luego añade: «Podrá (el dueño á quien se alude), en su consecuencia, construir dentro de su propiedad estanques, pantanos, cisternas ó aljibes donde conservarlas al efecto, ó emplear cualquier otro medio adecuado, siempre que con ello no cause perjuicio al público ó á tercero.» Como se ve, la disposición del art. 416 del Código civil sólo difiere de esta última parte del art. 1.º en que ha abreviado sus términos (1). Por lo demás, este art. 416 reproduce el 421 del proyecto de Código civil de 1882.

Explicación de este artículo.—No se presta este artículo á largas explicaciones. Su interpretación no ofrece, en verdad, graves dificultades. Relacionándolo, como debe hacerse, con el núm. 5.º del 408, en el cual se declara el dominio privado de las aguas pluviales que caigan en predios de propiedad particular mientras no traspasen sus linderos, se ve claramente que la facultad que el art. 416 concede al dueño de tales aguas es la condición necesaria para que éste pueda aprovecharlas, dada la natural disposición de las mismas. En efecto, ¿qué goce ó qué utilidad le reportaría al dueño del predio donde caigan las aguas pluviales (las que proceden inmediatamente de la lluvia, como dice la ley en su art. 1.º) el dominio de tales aguas, si no pudiera aprovecharlas recogiéndolas en recipientes adecuados, en la forma que especifica el mismo art. 1.º

---

(1) La ley define también las aguas pluviales en el último párrafo del art. 1.º «Se reputan, dice, aguas pluviales, para los efectos de esta ley, las que proceden directamente de las lluvias.»

de la ley de Aguas y á que implícitamente se refiere el 416 del Código?

Y esta facultad sólo puede tener un límite (natural y justo) en el respeto debido al público ó al tercero. Mas, ¿cómo ha de entenderse este límite? ¿Ha de interpretarse al modo como lo hemos interpretado al comentar el art. 415? La ley de Aguas no nos da luz sobre este punto; pero podemos encontrarla, como luego se verá, en la jurisprudencia del Supremo Tribunal. Por de pronto, el art. 416 habla de no causar perjuicio al público ni á tercero, mientras el 415 dice no perjudicar *los derechos* que legítimamente hayan podido adquirir á su aprovechamiento (trátase en él de aguas de manantiales) los dueños de los predios inferiores. Esta diferencia de redacción parece querer indicar que el perjuicio que no deba causarse al público y al tercero, al hacer uso el dueño de las aguas pluviales de la facultad que le concede el art. 416, no puede referirse á derechos legítimamente adquiridos al aprovechamiento de dichas aguas por el público ó por el tercero, sino á perjuicios ocasionados, no en el aprovechamiento de las aguas indicadas por el tercero ó por el público, sino á los que de cualquier modo pudieran ocasionárseles por la forma con que el dueño de las mismas verifica su aprovechamiento; por ejemplo, por causas de salubridad, peligro de inundacción, etc., etc. Sin duda, algo hay de esto, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado de modo distinto la cuestión al tratar de las aguas pluviales de como la interpreta al tratar de las vivas y corrientes procedentes de manantiales ó arroyos. Pero de todas suertes, la distinción no es tan absoluta, ni lleva por completo á las consecuencias señaladas.

Para explicar adecuadamente el alcance de estas consideraciones, primero, en cuanto á la posibilidad de que el tercero pueda adquirir un derecho legítimo al disfrute de las aguas pluviales, que imponga al dueño del predio donde caen el deber de respetarlo; y segundo, en cuanto á lo diferente de la condición de estas aguas para cierto modo de adquisición de su aprovechamiento, comparadas con aquellas á que se refiere el art. 415, basta tener presente la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, y que pasa-

mos á copiar. Según este Tribunal estableció por sentencia de 21 de Febrero de 1863, aun cuando las aguas de lluvia son comunes y su aprovechamiento del primero que las ocupa ó retiene en su predio, este derecho se *puede renunciar, ceder ó transferir á otro por título especial que constituye obligación;* en sentencia del mismo Tribunal de 28 de Febrero de 1865 se declaró que, en materia de aguas pluviales, es doctrina admitida por los tribunales, la de que se dé siempre la preferencia al dueño de los terrenos superiores respecto de los inferiores, si éstos no tienen un título especial que constituya á su favor obligación para el disfrute de este beneficio. Además, en sentencia de 26 de Febrero de 1865 estableció dicho Tribunal, que no siendo las aguas pluviales susceptibles de posesión en su estado de descenso y curso natural, no puede fundar en ellas un derecho de prelación el dueño de los terrenos inferiores.

SECCIÓN CUARTA

DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Lo primero que lógicamente se ocurre al considerar esta *Sección cuarta,* es investigar la razón de su existencia en nuestro Código civil. En efecto, comparando la estructura de todo este capítulo relativo á las Aguas, con el criterio particular aplicado al distribuir las materias en la ley especial, se observa que el legislador, respondiendo á la indicación de la repetida base 10 de la ley de 11 de Mayo de 1888, sintetiza en los arts. 407 al 416, en principios de un carácter bastante general, las reglas jurídicas de ciertas relaciones sustantivas en la propiedad de las aguas, á saber: 1.°, el *dominio;* 2.°, el *aprovechamiento,* habida cuenta además la condición que por razón del sujeto revisten dichas aguas, y en virtud de la cual, ó son *públicas,* ó son *privadas.* El Código, huyendo de traer á su articulado todos los detalles de la ley, no sigue á ésta en sus distintas disposiciones respecto de las aguas pluviales, de las aguas vivas, manantiales y corrientes, de las aguas muertas ó estancadas,

y por fin, de las aguas subterráneas (1). Mas si el Código no establece una distinción entre las aguas y el alveo, cauce de las mismas, según hemos visto, reduce los capítulos distintos de la ley especial á las tres Secciones ya comentadas, considerando todas las clases de aguas y sus alveos ó cauces, desde el punto de vista de las dos relaciones dichas y según las dos condiciones anotadas. Ahora bien: ¿cómo se explica que el legislador haga una excepción particularísima respecto de las aguas subterráneas, dedicándolas una sección aparte? ¿Habrá necesidad de acusar al legislador de falta de lógica?

Creemos que no hay motivo para tanto.

Al dedicar el legislador en el Código una sección particular á las aguas subterráneas, sin duda se fijó en el carácter especial de las mismas. Carácter éste proveniente de la manera como puede originarse su aprovechamiento, y el cual determina la imprescindible necesidad de consignar el principio jurídico (inaplicable á otras clases de aguas) que contiene el art. 417, con las consecuencias que suponen los dos artículos siguientes, según veremos inmediatamente.

ARTÍCULO 417

Sólo el propietario de un predio ú otra persona con su licencia puede investigar en él aguas subterráneas.

La investigación de aguas subterráneas en terrenos de dominio público sólo puede hacerse con licencia administrativa.

ARTÍCULO 418

Las aguas alumbradas conforme á la ley especial de Aguas pertenecen al que las alumbró.

---

(1) La ley trata de todo esto en 27 artículos, distribuídos en los capítulos 1.° al 4.° (Tít. 1.°)

ARTÍCULO 419

Si el dueño de aguas alumbradas las dejare abandonadas á su curso natural, serán de dominio público.

Por referirse los tres artículos copiados á una misma materia y guardar entre sí estrechísima relación, creemos oportuno comentarlos á la vez. Después de todo, en el art. 417 se consigna un derecho que entraña la forma como las aguas subterráneas pueden producirse para ser aprovechadas; el 418 fija y determina la pertenencia de estas aguas y los límites de la misma, entrañando el 419 una consecuencia posible del aprovechamiento de que se trata y de la relación de propiedad que puede implicar.

Antecedentes y concordancias.—Como antecedente histórico-jurídico de lo preceptuado por el Código civil en punto á las aguas subterráneas, debe señalarse por de pronto la ley 19, tít. 22 de la Partida 3.ª, según la cual, cualquiera puede abrir en su heredad fuentes y pozos, aunque con ello mengüen las aguas de las fuentes y pozos de los vecinos, teniendo éstos, sin embargo, el derecho de impedirlo, cuando pudieran probar malicia ó intención de hacer daño.

En la legislación moderna, los antecedentes de los arts. 417, 418 y 419 del Código son bastante numerosos. Podemos señalar entre los más importantes, los arts. 55, 59 y 73 de la ley de 6 de Julio de de 1859, el 1.° y el 27 del Real decreto de 29 de Abril de 1860, los arts. 45 al 62 de la ley de Aguas de 1866, y, por fin, los arts. 18 al 27 de la de 1879, concordando además con los artículos 69, 70, 73, 147 y 256 de esta última.

Los arts. 417, 418 y 419 del Código civil reproducen lo dispuesto por los arts. 422, 423 y 424 del proyecto de Codigo de 1882.

Análisis del contenido de los artículos del Código civil.—El comentario de los arts. 417, 418 y 419 entraña, ante todo, el estable-

cimiento de las relaciones inmediatas y detalladas de sus disposiciones con las de la ley de Aguas. Algunas de éstas están demandadas imperiosamente por el Código mismo, según puede inferirse del claro y explícito contexto del art. 418; otras se imponen de un modo necesario al pretender aplicar los preceptos legales de los artículos que comentamos.

En efecto, según el art. 417, el alumbramiento de aguas subterráneas sólo puede hacerse por el propietario del predio ó con su licencia, y si se trata de terrenos del dominio público, la investigación ha de ser con licencia administrativa. Ahora bien: independientemente del fundamento del derecho que se atribuye ahí al propietario ó á la Administración, y el cual se halla, sin duda, en los números 3.° del art. 408 y 6.° del 407 del Código civil, ocurre inmediatamente preguntar: la facultad reconocida por el legislador en el propietario para investigar en su predio aguas subterráneas, ó conceder á un tercero licencia para ello, *¿es ilimitada?* Realmente, si no tuviéramos más fuente de derecho que el Código civil no habría modo de resolver la cuestión, y los conflictos jurídicos que de aquellas investigaciones pudieran surgir, y que la ley de Partidas antes citada prevenía sábiamente, no habría modo de solucionarlos. Pero concordando adecuadamente lo dispuesto por el Código con las disposiciones correspondientes de la ley especial de Aguas, los conflictos se podrán resolver con cierta facilidad.

Así, pues, cuando se trate de aplicar el art. 417 del Código civil, no sólo en su primer párrafo, sino también en el segundo, será preciso tener en cuenta: 1.°, el art. 19 de la ley de Aguas, según el cual todo propietario puede abrir libremente *pozos ordinarios* para elevar aguas dentro de sus fincas, aunque con ellas resultasen amenguadas las aguas de sus vecinos. Deberá, sin embargo, guardarse la distancia de dos metros entre pozo y pozo dentro de la población, y de quince metros en el campo, entre la nueva excavación y los pozos, estanques, fuentes y acequias permanentes de los vecinos; 2.°, el art. 20 de la misma ley, en el cual se define el pozo ordinario que el propietario puede abrir libremente, según

el artículo anterior (1); 3.°, el art. 21 de la misma, en el cual se manifiesta que la Autoridad «á cuyo cargo se halle el régimen y policía del terreno» es la competente para conceder la licencia administrativa á que se refiere el art. 417 del Código civil, cuando se trate de pozos ordinarios; 4.°, el art. 23 de la repetida ley de Aguas, en el cual se señalan las condiciones en que puede verificarse la investigación y el alumbramiento de aguas subterráneas «por medio de *pozos artesianos* y por *socavones ó galerías*». Es preciso que no se distraigan ó aparten aguas públicas ó privadas de su corriente natural (2); y 5.°, los arts. 24 al 27 de la misma ley, en los cuales se determinan las condiciones en que esos pozos, socavones ó galerías han de hacerse, por lo que respecta á las distancias que han de guardarse cuando se ejecuten en las inmediaciones de edificios ajenos, ferrocarriles, carreteras, fuentes, ríos, canales, acequias, abrevaderos públicos, y los requisitos necesarios para poder verificarlos dentro de los términos que se fijan. También se señala la competencia de la Administración para otorgar concesiones de pozos artesianos, socavones ó galerías, las condiciones en que pueden tales concesiones hacerse, etc., etc.

Lo que importa, sobre todo, hacer notar aquí, una vez establecida la anterior concordancia del art. 417 del Código con los artículos citados de la ley especial, es que el precepto del primero, principalmente de su primer párrafo, no entraña en el dueño una facultad absoluta, tan absoluta como parece al pronto inferirse del texto, sino una facultad que ha de ejercerse con las limitaciones que implican las disposiciones de los artículos de la ley, que tienden, según se ha visto, á armonizar los derechos que el propietario de las aguas que se pretenda alumbrar tenga, con los derechos de

---

(1) «Para los efectos de la ley, dice el art. 20, se entiende que son pozos ordinarios aquellos que se abren con el exclusivo objeto de atender al uso doméstico, y en los que no se emplea en los aparatos para la extracción del agua otro motor que el hombre.»

(2) En el mismo art. 23 se señalan los trámites y autoridad competente en los casos en que las labores de que habla ocasionasen ó pudieran ocasionar mermas en las aguas de los aprovechamientos anteriores legítimos.

terceros y del público al disfrute cómodo y más ó menos completo de aprovechamientos anteriores (1).

El art. 418 declara que las aguas alumbradas conforme á la ley especial, pertenecen al que las alumbró. Se parte, naturalmente, de un supuesto, á saber: que el que las alumbró tenía derecho á hacerlo, al tenor de lo dispuesto en el art. 417. Se parte, además, de otro supuesto, cual es el de que el que alumbró las referidas aguas lo hizo con arreglo á alguno de los artículos 19, 20, 21, 23, 24 al 27 de la ley. Pero también se señalan en el art. 418 diversas consecuencias, que en él no se determinan, sino que es preciso buscarlas en la ley especial; esas consecuencias son las que se desprenden de los arts. 18, 21, 22 y 26 de la citada ley, en cuanto en ella se dice *cómo pertenecen* las aguas subterráneas alumbradas al que las alumbró. Ahora bien: según el art. 18, pertenecen al dueño de un predio, *en plena propiedad*, las aguas subterráneas que en él hubiese obtenido por medio de pozos ordinarios; según el art. 21, el que obtuviese la autorización administrativa (párrafo 2.º del artículo 417 del Código civil) para abrir pozos ordinarios, «adquirirá la *plena propiedad* de las aguas que hallare»; según el art. 22, cuando se buscare el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, socavones ó galerías, el que las hallase ó hiciese surgir á la superficie del terreno, «será dueño de ellas á *perpetuidad,* sin perder su derecho aunque salgan de la finca donde vieron la luz, cualquiera que sea la dirección que el alumbrador quiera darlas, mientras conserve su dominio» (2); por último,

(1) Importa especialmente tener en cuenta lo que dispone el art. 24 de la ley de Aguas. Refiriéndose á los pozos artesianos, socavones y galerías, dice: «Las labores de que habla el artículo anterior (las indicadas) para alumbramiento, no podrán ejecutarse á menor distancia de 40 metros de edificios ajenos, de un ferrocarril ó carretera, de otro alumbramiento ó fuente, río, canal, acequia ó abrevadero público, sin la licencia correspondiente de los dueños, ó en su caso, del Ayuntamiento, previa formación de expediente; ni dentro de la zona de los puntos fortificados sin permiso de la autoridad militar. Tampoco podrán efectuarse estas labores dentro de una pertenencia minera, sin previa estipulación del resarcimiento de daños».

(2) Esta materia tiene que relacionarse muy íntimamente en este punto

según el art. 26, los concesionarios de pertenencias mineras, socavones y galerías generales de desagüe de minas, *tienen la propiedad* de las aguas halladas en sus labores *mientras conserven las de sus minas respectivas,* con las limitaciones á que se refiere el párrafo 2.° del art. 16 (1).

El art. 419 del Código, al disponer que si el dueño de las aguas alumbradas las dejare abandonadas á su curso natural, las aguas serán de dominio público, exige una aclaración, que también nos proporciona la ley de Aguas. Porque, en efecto, ¿cómo ha de entenderse lo del abandono? y además, ¿de qué modo ha de obrar el propietario para conservar el dominio de las aguas fuera de su predio? A todo esto contesta el párrafo segundo del art. 22 de la ley, en relación con los artículos 5.° y 10, 7.° y 14 de la misma: así pues, «si el dueño de las aguas alumbradas no construyese acueducto para conducirlas por los predios inferiores que atraviesen, y las dejase abandonadas á su curso natural», las aguas toman la condición de *públicas,* al tenor del art. 5.°, y en su virtud, entrarán los dueños de aquellos predios inferiores á disfrutar del derecho eventual que les confieren los arts. 5.° y 10 respecto de los manantiales superiores, y al definitivo que establece el 10, con las limitaciones fijadas en los artículos 7.° y 14.

La doctrina jurídica que acabamos de sostener, puede encontrarse desenvuelta y aplicada, en algunos casos particulares, en las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de Septiembre de 1865, 29 de Enero y 21 de Diciembre de 1870, 30 de Junio de 1881, 9 de Noviembre de 1885, y Reales decretos-sentencias de 11 de Mayo de 1881, 20 de Diciembre de 1882, 10 de Abril de 1885, y sentencia del Tribunal contencioso-administrativo de 25 de Abril de 1890.

Por último, conviene advertir que, al tenor del art. 256 de la ley de Aguas vigente, el conocimiento de las cuestiones relativas á

---

con lo relativo á la servidumbre de aguas. Véase en este mismo libro del Código la sección 3.ª del cap. 2.°, del tít. 7.°, y los arts. 69 y siguientes de la ley.

(1) Refiérese á las aguas minero-medicinales.

daños y perjuicios ocasionados á tercero en sus derechos de propiedad particular, cuya enajenación no sea forzada, en el alumbramiento de aguas subterráneas, compete á los tribunales ordinarios de justicia.

SECCIÓN QUINTA

DISPOSICIONES GENERALES

Tienen los artículos que se comprenden en esta sección, un carácter muy vario. Los tres primeros regulan ciertas relaciones á que pueden dar lugar los aprovechamientos de aguas, procurando en ellos señalar las normas á que deben ajustarse aquéllas, partiendo siempre del principio, según el cual, quien disfruta de un aprovechamiento de aguas, ha de hacerlo de modo que no perjudique á tercero, y además del supuesto según el que los beneficios y los perjuicios en el goce de las aguas, han de ser correlativos y proporcionados.

En el art. 423 se hace una declaración, relativa á la condición general de expropiables de la propiedad y del uso de las aguas pertenecientes á corporaciones ó particulares. En el siguiente se reproduce la disposición contenida en las leyes de Aguas, disposición que entraña una aplicación particular del principio jurídico de la irretroactividad de las leyes. El último viene á recordar el carácter supletorio y complementario de la ley especial de Aguas en su relación con el presente capítulo del Código civil. No hay, pues, como se ve, entre todos los artículos de esta sección un enlace orgánico, que permita y exija una apreciación previa del conjunto. Pasaremos, pues, á considerar en detalle los diferentes artículos.

ARTÍCULO 420

El dueño de un predio en que existan obras defensivas para contener el agua, ó en que, por la variación de su curso, sea necesario construirlas de nuevo, está obligado, á su elección, á hacer los reparos ó construc-

ciones necesarias ó á tolerar que, sin perjuicio suyo, las hagan los dueños de los predios que experimenten ó estén manifiestamente expuestos á experimentar daños.

ARTÍCULO 421

Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable al caso en que sea necesario desembarazar algún predio de las materias cuya acumulación ó caída impida el curso de las aguas con daño ó peligro de tercero.

ARTÍCULO 422

Todos los propietarios que participen del beneficio proveniente de las obras de que tratan los dos artículos anteriores, están obligados á contribuir á los gastos de su ejecución en proporción á su interés. Los que por su culpa hubiesen ocasionado el daño, serán responsables de los gastos.

Es indispensable reunir para un mismo comentario los tres artículos que quedan copiados. En primer lugar, en su mismo contexto se ve, por la analogía de sus cuestiones y de sus efectos jurídicos, cuán estrecha relación hay entre ellos. Basta fijarse en las referencias expresas que en el 421 se hace al 420, y en el 422 á los dos anteriores. Además, no hay modo de aplicar el art. 421 sin ver el art. 420, ni es posible decidir las cuestiones más principales que los artículos 420 y 421 pueden provocar sin atender á lo dispuesto en el art. 422.

Contra lo que venimos observando al buscar los antecedentes histórico-legales en nuestro derecho de los diferentes artículos de este capítulo, los de los artículos 420, 421 y 422, especialmente del 420, no están tan claros en la ley de Aguas como en el antiguo derecho de las leyes de Partida. La ley de Aguas, más atenta, por razón natural de su propósito é índole, á regular las relaciones de carácter jurídico-público, no resuelve ciertas cuestiones ó conflictos po-

sibles en el disfrute de los aprovechamientos, como son aquellos á que se refieren el art. 420 y en parte el 422 del Código civil. En este punto, los redactores de éste no se circunscribieron, como acaso podría temerse, dados los términos en que realizaban su tarea, según la base 10 de la ley de Mayo de 1888, al tenor de la ley de Aguas, sino que ampliaron sus disposiciones, é inspirándose en el derecho de las Partidas, atendieron á otros puntos de vista de que hubiera sido censurable prescindir.

Para demostrar plenamente lo que decimos, basta tener en cuenta: 1.°, las leyes de Partida en las cuales se habla de las relaciones jurídicas á que los artículos del Código se refieren; y 2.°, los artículos de la ley de Aguas, con los cuales los del Código civil guardan alguna relación más ó menos directa.

En efecto, la ley 13, tít. 32, Partida 3.ª, dispone que se atienda la demanda del que proceda contra su vecino para que derribe las canales que haya puesto en su casa, sacándolas tan afuera que cayese el agua sobre las paredes de los tejados del que se queja, y lo mismo para que se derribe la pared, ó estacada, ó vallada ú otra labor hecha por alguno en su heredad, con lo que el agua no puede correr por el lugar por donde solía. La ley 14 del mismo título y Partida, resuelve que, aun cuando corra el agua de una heredad alta por otra más baja, y arrastre por ella tierras y praderas, del daño ocasionado no es responsable el dueño de la heredad alta. Por último, la ley 15 dice, que si el agua que pasa por heredad de muchos llevase consigo madera, piedra, cieno ú otras materias, y se saliese poco á poco de su cauce natural en perjuicio de algún vecino, *puede éste obligar á aquél en cuya heredad se estancó el agua, á que lo limpie y vuelva á dar á éste su curso ordinario, ó se lo deje hacer á él.* Y si el lugar donde se destacase el agua fuera acequia de muchos, cada cual en la frontera de su heredad está obligado á contenerla de manera que vaya el agua por donde solía.

Como se ve, hay una relación muy directa entre lo dispuesto por estas leyes y el contexto de los artículos del Código civil.

Pues ahora bien: la ley de Aguas, en los arts. 52 al 59, que

pueden considerarse, hasta cierto punto, como relacionados con el art. 420, que comentamos, no trata la cuestión de la *defensa contra las aguas* desde el mismo punto de vista que el Código civil. La ley de Aguas, en el título general que precede á todos esos artículos citados, refiérese á *las obras de defensa contra las aguas públicas* (1), disponiendo al efecto que los dueños de predios lindantes con cauces públicos, tienen libertad de poner defensas contra las aguas en sus respectivas márgenes por medio de plantaciones, estacadas ó revestimientos, siempre que lo juzguen conveniente, dando de ello oportunamente conocimiento á la Autoridad local, y que la Administración podrá, sin embargo, previo expediente, mandar suspender tales obras y aun restituir las cosas á su anterior estado, cuando, por virtud de las circunstancias, amenacen aquéllas causar perjuicios á la navegación ó flotación de los ríos, desvíen las corrientes de su curso natural ó produzcan inundaciones (2). Basta una simple lectura de las disposiciones legales para ver que en el Código civil se trata de la defensa contra las aguas de aprovechamientos privados. Por la ley, estas cuestiones era preciso resolverlas teniendo en cuenta las disposiciones relativas á las servidumbres naturales.

De los otros dos artículos del Código civil que ahora comentamos, el 421 tiene un antecedente algo más directo en la ley. Basta recordar el art. 74 (3) de esta última.

Considerando ya desde el punto de vista práctico los tres artículos, no ofrecen en realidad graves dificultades para su recta

---

(1) Es el cap. 6.º en el tít. 2.º El epígrafe dice: «De las obras de defensa contra las aguas públicas».

(2) Véase el art. 52 de la ley de Aguas vigente. Los demás artículos hasta el 59, regulan principalmente, desde el punto de vista administrativo la materia; por esta razón nos limitamos á citarlos.

(3) Dice el artículo: «Cuando el agua acumule en un predio, piedra, broza ú otros objetos que, embarazando su curso natural, puedan producir embalse con inundaciones, distracción de las aguas ú otros daños, los interesados podrán exigir del dueño del predio que remueva el estorbo ó les permita removerlo. Si hubiera lugar á indemnización de daños, será á cargo del causante.»

inteligencia. Los dos primeros obedecen al mismo principio de evitar el perjuicio de tercero, obligando al causante *involuntario (sin malicia,* según el sentido de las antiguas leyes) del daño actual ó del peligro posible, á evitar los efectos del primero y á prevenir el segundo, bien realizando por sí las obras ó trabajos necesarios, bien permitiendo á los interesados el verificarlas. Resulta, pues, de esto una acción en favor de los dueños de los predios inferiores, la cual se contrae á procurar que el daño sufrido ó el peligro posible desaparezcan, pero quedándole al dueño del predio superior el derecho de hacer por sí las obras que fuesen necesarias ó permitir á aquéllos realizarlas.

El art. 422 se inspira en un principio de justicia perfectamente claro. Reproduce, en parte, ampliando su sentido, el último punto del art. 74 de la ley, según el cual, «si hubiere lugar (en los casos de perjuicios sufridos por los aprovechamientos superiores de aguas) á indemnización de daños, será á cargo del causante». Del contexto del art. 422 pueden inferirse dos soluciones distintas, en cuanto al modo de pagar los gastos que ocasionen las defensas contra las aguas, á que los arts. 420 y 421 se refieren. La primera es, cuando las obras que hubiere que ejecutar no tienen como causa acto alguno malicioso, es decir, cuando del daño causado no es responsable nadie, sino que la cosa resulta por modo natural; en tal hipótesis, como de lo que se trata es de obtener ó procurar un beneficio, justo es que cuantos de él se van á aprovechar contribuyan á los gastos que ocasione en la proporción debida. La segunda es, cuando el daño producido por las aguas ó arrastres, ó el peligro posible, tienen por causa la voluntad de una persona ó de varias. Naturalmente, la consecuencia formulada por el Código civil se impone: quien ha producido el daño es quien debe pagar los gastos que en todo caso ocasione. Lo difícil será siempre determinar en cada caso, cuál de las dos soluciones legales es la oportuna; pero en esto es en donde tiene que obrar la indagación judicial, ayudada por el interés de las partes.

ARTÍCULO 423

La propiedad y uso de las aguas pertenecientes á Corporaciones ó particulares están sujetos á la ley de Expropiación por causa de utilidad pública.

Reproduce este artículo el 428 del proyecto de Código de 1882.

Sólo una cuestión importante entraña la consideración crítica de la disposición contenida en el art. 423, por cuanto su aplicación práctica implica, de un lado, el desenvolvimiento de lo que al caso ordena de un modo general la ley de Expropiación por causa de utilidad pública de 10 de Enero de 1879, y del otro, la aplicación particular á los diferentes casos concretos de una porción de artículos de la ley de Aguas, á los cuales nos referiremos inmediatamente.

La cuestión es la siguiente: ¿qué razones habrán movido al legislador para formular el precepto del art. 423? ¿No se infiere ya del contexto del art. 349 del Código civil y de la Constitución de 1876 el que la persona puede ser privada de *su* propiedad por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización? Por otra parte, las relaciones de propiedad á que el Código civil se refiere al declararlas expresamente comprendidas en la ley de Expropiación, no presentan condiciones especiales en virtud de las cuales pudiera considerárselas fuera de la acción que la expropiación por causa de utilidad pública supone. Sin embargo, á pesar de estas consideraciones, no creemos difícil explicar por qué el legislador formuló el artículo de que se trata. Basta para ello recordar que el Código civil en este capítulo se está redactando siempre teniendo presente la necesaria concordancia de sus preceptos con los de la vigente ley de Aguas. Ahora bien: en ésta no encontraremos una disposición idéntica, ni siquiera análoga, á la del artículo en cuestión; pero encontramos una porción de artículos en los cuales se establece la manera particular de poder ser expropiadas la propiedad y el uso de las aguas pertenecientes, ya á Corporaciones, ya á particulares. Y hace esto con tantos detalles y señalando de tal

manera las circunstancias y forma en que la expropiación se podrá hacer, que no hubiera pecado de inexacto el Código civil si, al afirmar que «la propiedad y el uso de las aguas pertenecientes á Corporaciones ó particulares están sujetos á la ley de Expropiación», hubiera añadido: «y con arreglo á lo dispuesto en la ley de Aguas». En nuestro concepto, pues, el art. 423 del Código civil viene á recoger en una fórmula general un principio que los legisladores encontraban aplicado en diferentes lugares de la ley especial de Aguas mencionada.

La consideración del art. 423, desde el punto de vista de su aplicación posible, entraña una porción de cuestiones de detalle que es preciso resolver relacionándolo en cada caso con el artículo correspondiente de la ley de Aguas, y atendiendo para ello á la clase de propiedad ó de aprovechamiento de que se trate. En efecto, la ley habla de cuándo procede, y aun de cómo procede la expropiación en materia de aguas, en los arts. 16, 61 y 67, 135, 137, 148, 151, 161, 167, 175, 183, 197, 200, 214 y 217. En el 16, se faculta al Gobierno para poder declarar la expropiación forzosa de las aguas minero-medicinales no aplicadas á la curación, y de los terrenos adyacentes necesarios para formar establecimientos balnearios (aunque concediéndose dos años de preferencia á los dueños para verificarlo así), pero por causa de salud pública y oyendo á la Junta Provincial, Consejo de Sanidad y Consejo de Estado. En los arts. 60 y 67, que forman el capítulo relativo á la desecación de lagunas y terrenos pantanosos, dispone la ley que el Estado puede obligar á todos los propietarios á proceder al saneamiento de los terrenos, mediante la aplicación del principio general á que obedece la expropiación forzosa por causa de utilidad pública. El art. 135 declara que los terrenos necesarios para los usos de la navegación y flotación, «se adquirirán por expropiación forzosa cuando sean de propiedad particular». El 137 declara que procede la expropiación forzosa cuando para convertir un río en navegable ó flotable por medio de obras de arte haya que destruir fábricas, presas, etc., ó privar del riego ó de otros aprovechamientos legítimos. El art. 148 habla de la expropiación forzosa de los aprovechamientos de aguas por

causa de utilidad pública. El 151 establece la procedencia de la expropiación forzosa en beneficio de las concesiones de aprovechamientos de las aguas públicas. El 161 declara sujeto á expropiación forzosa por causa de utilidad pública, previa la indemnización correspondiente, á todo aprovechamiento en favor de otro que le preceda según el orden de preferencia de concesiones de aguas señalado en el art. 160. El 167 determina las condiciones de la expropiación de aguas de propiedad particular, cuando se trata de hacerlo en beneficio del abastecimiento de poblaciones. El 175 establece la expropiación forzosa en beneficio de los ferrocarriles. Aplica el mismo principio de la expropiación en beneficio de las obras para riegos, el art. 183, en relación con el 182. A los riegos se refieren también los artículos 197 y 200. El 214 habla de las barcas de paso. Por último, el 217 declara sometidos á la ley de Expropiación los mecanismos ó aparatos flotantes construídos legalmente en los ríos navegables ó flotables.

ARTÍCULO 424

Las disposiciones de este título no perjudican los derechos adquiridos con anterioridad, ni tampoco al dominio privado que tienen los propietarios de aguas, de acequias, fuentes ó manantiales, en virtud del cual las aprovechan, venden ó permutan como propiedad particular.

Son antecedentes directos de esta disposición del Código civil, los arts. 299 de la ley de 3 de Agosto de 1866 y 257 de la de 13 de Junio de 1879. Este último dice: «Todo lo dispuesto en esta ley es sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad á su publicación, así como del dominio privado que tienen los propietarios de aguas de acequias, y de fuentes ó manantiales, en virtud del cual las aprovechan, venden ó permutan como propiedad particular.

Reproduce este artículo el 429 del proyecto del Códígo de 1882.

Para comprender el alcance especial de esta disposición, lo mismo en el Código civil cuanto en las dos leyes de Aguas, basta-

rá recordar las condiciones en que la primera de éstas se ha producido; condiciones aceptadas por la ley de 1879, y en su virtud, por el Código mismo. Existía anteriormente á la ley de 1866, el estado de derecho confuso é indeterminado que hemos procurado esbozar en su lugar oportuno: como consecuencia de tal estado de derecho se habían establecido relaciones jurídicas respecto de las aguas, las cuales se traducían en derechos de propiedad y aprovechamiento de las mismas, que era preciso no echar por tierra, al ordenarlas sistemáticamente para el porvenir. Los legisladores, comprendiendo lo injusto que sería el romper por completo con la tradición jurídica en esta materia, consignaron expresamente el principio de la no retroactividad de la ley de 1866, en su art. 299; artículo que, según hemos indicado, reprodujo la ley de 1879 en el 257, y, por último, el Código civil en el que comentamos, confirmando así también de un modo especial la disposición del art. 3.° del título preliminar del mismo Código, según la cual, «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario».

La consecuencia práctica más importante de este artículo del Código civil, es la de que el que tiene un derecho sobre aguas ó sobre cualquiera de los objetos á que el art. 424 se refiere, puede hacerlo valer aunque no se origine de ninguna disposición especial del Código ó de la ley de Aguas, siempre que se trate de un derecho adquirido: ¿cuándo? ¿antes del Código sólo? no, porque podía quizá encontrar su sanción en la ley; ¿antes de la ley de 1879? tampoco, porque podría originarse de la ley de 1866, y tener allí su natural sanción, sin que para ello fuese indispensable la disposición del art. 424. Los derechos adquiridos á que se refiere el Código civil en el art. 424, podrán ser directamente los inmediatamente adquiridos antes de la publicación de aquél, pero de modo implícito la garantía va hasta los derechos adquiridos con anterioridad á la misma ley de 9 de Agosto de 1866.

ARTÍCULO 425

En todo lo que no esté expresamente prevenido por las disposiciones de este capítulo, se estará á lo mandado por la ley especial de Aguas.

Pocas palabras requiere este artículo (que reproduce el 430 del proyecto de Código civil de 1882) á modo de explicación ó comentario. Es una consecuencia del principio contenido en la base 10 de la ley de 11 de Mayo de 1888, y con arreglo á la cual se ha redactado el presente capítulo. Por esta razón, según se ha podido observar en el comentario de éste, hemos procurado completar las deficiencias que el articulado del Código civil naturalmente presenta, con las indispensables indicaciones del articulado de la ley de Aguas, que este art. 425 declara expresamente vigente.

Lo pedía de suyo la índole y situación de las cosas. Como que según lo que ya la base 10 presupone, lo que dice el art. 16 y lo que de este art. 425 claramente se infiere, en las comarcas en que el Código civil tiene el carácter de derecho vigente en absoluto, es decir, en las comarcas en que no tiene el valor de derecho supletorio, las cuestiones á que den lugar las relaciones jurídicas en materia de aguas, han de ser resueltas siempre concordando adecuadamente los artículos de este capítulo con los correlativos de la ley de Aguas de 1879.

CAPÍTULO II

De los minerales.

La segunda de las llamadas propiedades especiales de que el Código civil español habla, es la de las *minas,* si bien procede al hacerlo, desarrollando el criterio impuesto por la base 10, de manera muy distinta á como lo hace al ordenar la materia jurídica de las aguas. Basta tener en cuenta que si para éstas se procuró

sintetizar los principios sustantivos contenidos en la ley especial en 19 artículos, distribuídos en varias secciones, todo lo referente á los minerales, desde el punto de vista del derecho civil, se reduce, en sentir de nuestros legisladores, á dos artículos, uno de los cuales sienta un derecho más ó menos fundamental en lo relativo á las minas, mientras el otro señala las cuestiones que acerca de éstas se regulan por la legislación especial anterior vigente sobre la materia. Las razones que los autores del Código civil habrán tenido para proceder de este modo, no son difíciles de percibir. Se consideró, sin duda, que la índole diversa de la propiedad de las aguas, según son de dominio público ó privado, así como el carácter civil de los aprovechamientos de las mismas, exigían un mayor detalle en el articulado del Código, en tanto que bastaba traer, en lo tocante á la propiedad minera, el principio del primero de los dos artículos, con la indicación ó indicaciones que se contienen en el otro. Sin embargo, quizá se debió insistir, sobre todo, en determinar el criterio que nuestro derecho positivo acepta para resolver el problema capital de la propiedad minera: á quien pertenecen las minas, determinando además los diferentes casos según la índole distinta de los minerales. Realmente, por lo mismo que se trata de una materia jurídica, cuyo carácter mixto de civil y administrativo no se halla definido adecuadamente en nuestra confusa legislación actual, acaso habría resultado beneficioso que el legislador lo hubiera intentado, aprovechando la ocasión que le ofrecía la necesidad de interpretar la tan repetida base 10.

Por más que el Código civil se limite, al tratar de los minerales, á las indicaciones contenidas en los arts. 426 y 427, y aun cuando sea preciso acudir á nuestra legislación especial de Minería para enterarse de los principios reguladores de esta interesantísima y discutida propiedad, es evidente que el comentarista, antes de detenerse á analizar y criticar particularmente cada uno de los artículos citados, debe hacer algunas consideraciones generales acerca de aquellas cuestiones capitales que los mismos artículos (especialmente el 426) presuponen, sobre todo acerca de la cuestión primordial de la propiedad de las minas. En rigor, ¿cómo

interpretar y entender rectamente el derecho de investigación, tal como lo consagra el citado art. 426, sin antes examinar la solución dada al problema de á quién pertenecen las minas?

I

La propiedad de las minas.—Consideraciones generales y soluciones legislativas.

Consideradas las minas como objeto, dentro del comercio general humano, y de la misma condición que todos los demás objetos, parece que no debieran dar lugar á cuestión alguna particular relativa á su propiedad. Las minas, después de todo, entran en todas las relaciones jurídicas que el comercio exige: se compran y venden; se pueden arrendar, hipotecar, etc., etc. Pero esto no importa. La situación especial de las sustancias minerales, cuyo aprovechamiento entraña conflictos con los usos de la superficie terrestre, particularmente con los usos de la edificación y de la agricultura; la importancia de las mismas como fuente de riquezas intensivas, y sobre todo, el hecho constante de su *adquisición originaria,* directa, dentro de una sociedad organizada, que no puede menos de darla por existente y por aprovechable, hacen que la propiedad de los minerales entrañe un problema capital, de solución difícil, no sólo en razón de la manera distinta de apreciarlo que tienen las legislaciones positivas, sino también desde el punto de vista de la filosofía del derecho.

En efecto, bastaría preguntar hasta dónde se extiende la propiedad de los usos y aprovechamientos de la superficie de la tierra por su dueño, para que sin más y de un modo espontáneo se planteara el problema de determinar á quién pertenece aquella parte de la tierra que llamamos hoy *subsuelo,* y que en puridad es la parte adonde no llega la acción del dueño superficiario en los trabajos que ordinariamente verifica para aprovecharse de las utilidades del suelo. Si la relación de propiedad supone el ánimo de tener la cosa como suya, é implica el acto primario de la apropiación, no está claro que la propiedad de la superficie terrestre suponga

de un modo necesario el *dominio* exclusivo de aquellos usos de que la tierra es susceptible y que el dueño de su superficie no aprovecha y hasta ignora acaso que existan.

La situación que, en virtud de esto, tienen los minerales—cosas sin dueño determinado, cosas fuera de la acción de una persona dada, —ha hecho que, desde el punto de vista mismo de los principios filosóficos, se disputen su propiedad tres personas distintas, á saber:

1.° El dueño del suelo: el dominio de la tierra es, según esta solución, absoluto, no sólo en cuanto á la intensidad, sino en cuanto á la extensión material: *cujus est solum, ejus est a cœlo usque ad centrum*, como decían los romanos; *du desus et du dessous,* según dice el Código Napoleón.

2.° El Soberano, ó, como hoy decimos, el Estado: corresponden las minas al Estado como consecuencia del supuesto *dominio eminente*, como una manifestación del poder patrimonial que en algún tiempo, en el tiempo feudal, era la condición del poder político, confusión del dominio y del imperio.

3.° El descubridor: las minas se reputan cosas *nullius*, cosas sin dueño, y por lo tanto, están á merced del que, descubriéndolas, las ocupa, y, al ocuparlas, las hace suyas por actos de apropiación intencional.

Realmente, de las tres personas á que nos referimos, no se ve fácilmente la razón en que puede apoyarse la atribución de la propiedad del mineral al dueño del suelo, ni al Estado como consecuencia del dominio eminente. Al atribuir dicha propiedad al primero, se olvida el principio capital en que toda propiedad se funda, cual es, la intención de apropiarse la cosa objeto de la misma. Sólo partiendo del supuesto de la indivisión de los aprovechamientos de la tierra y de la incompatibilidad de sus usos diferentes, puede estimarse que el dueño del suelo, por sólo serlo, lo es *du desus et du dessous*. La atribución de la propiedad de las minas al Estado, como consecuencia del *dominio eminente*, es indefendible, y tan lo es, que en las legislaciones que lo proclaman, como ocurre con la nuestra, tiene la afirmación un valor más teórico que otra cosa. Para atribuir la propiedad de las minas al Estado, con todas

las consecuencias prácticas que esto entraña, sería preciso hoy prescindir de la anacrónica idea verdaderamente *feudal* del dominio eminente y colocarse en el punto de vista colectivista, que proclama el principio de que á la comunidad corresponde la propiedad de todos los medios é instrumentos de producción, no correspondiendo al individuo más que la propiedad de los medios-productos destinados al goce y al consumo.

Si nos elevamos, para explicar esta propiedad, al principio generador de toda propiedad, á saber, á la apropiación de las cosas en condiciones de ser apropiadas, la propiedad de las minas parece que debe ser atribuída á aquel que verifique el acto necesario de apropiación en las condiciones á que nos referimos. Al efecto, no puede partirse siempre de la distinción capital, hoy existente en muchas legislaciones, la nuestra entre ellas, entre el suelo y el subsuelo, como dos partes perfectamente separables, en primer lugar, porque es notorio que hay sustancias minerales que no están bajo la superficíe. «El verdadero principio, en este caso, debe quizá buscarse en una aplicación del *jus usus innocui* del derecho que á todos asiste de explotar aquellas utilidades de toda cosa que son compatibles con el aprovechamiento del primer dueño, el cual no puede prohibirlas ni limitarlas en tal caso. Cuando, por ejemplo, un minero, desde un terreno que le pertenece, ó con autorización del dueño, abre una galería en propiedad ajena, pero sin perjudicar al que de otro modo la aproveche, parece indudable que éste nada puede oponer contra aquellos trabajos» (1); y en rigor, al verificarlos en esas condiciones, no hace sino exteriorizar una intención de haber como suya, cosa sin dueño, cosa *nullius*, realizando con el acto de descubridor, acto de apropiación verdadera. La limitación que en justicia debe oponérsele es que con su obra ó trabajo no perjudique á tercero, ó bien, si tiene que hacerlo, lo haga resolviéndose el conflicto como se resuelven los nacidos de la incompatibilidad de aprovechamientos, v. g., por la expropiación forzosa por necesidad pública, si á ello hubiere lugar.

---

(1) *Curso de Filosofía del Derecho*, del Sr. Giner, pág. 309.

Como hemos indicado, las legislaciones positivas distan mucho de estar acordes en la solución del problema de la propiedad de las minas. El código Napoleón, en su art. 552, afirma que la propiedad del suelo implica la propiedad de todo lo que está encima y de todo lo que está debajo (como ya hemos copiado, *du desus et du dessous). Según éste, en principio,* la propiedad de las minas corresponde al dueño del suelo. Pero es sólo *en principio*, pues por medio de la concesión que el Gobierno puede otorgar de la mina, se establece una distinción entre ambas propiedades: la del superficiario y la del minero, aunque éste sea el mismo dueño del suelo. Según la manera de proceder en el otorgamiento de las concesiones de explotación de minas, el derecho francés viene á convenir con el español. Distingue los minerales de tres clases *(carrières, minières* y *mines)*: los de la primera clase se pueden explotar sin autorización; los de la segunda, puede hacer ésto el dueño del suelo; los de la tercera tienen que ser objeto de autorización especial, verificándose, con el otorgamiento de ésta, la transformación de la propiedad indivisa del dueño del suelo, en propiedad dividida y separada, con la carga en favor del mismo de un canon anual, que debe pagarle el concesionario á la vez que paga otro al Estado.

En Inglaterra, el principio de la atribución de las minas al propietario del suelo, es más radical que en Francia.

En Alemania, muchas de las legislaciones atribuyen la mina al descubridor.

Austria mantiene rigurosamente el principio del dominio eminente del Estado.

II

Propiedad de las minas según nuestra legislación.

Según hemos indicado ya, la legislación española en materia de minas se inclina resueltamente, al tenor de sus declaraciones, al dominio eminente del Estado. Sigue la tradición de las Partidas, favorable al derecho regalista. Por de pronto, al determinar en el art. 339 el Código civil los bienes que son de dominio públi-

co, cita entre éstos, «las minas, mientras no se otorgue su concesión». Además, en el art. 350, al definir la extensión de los aprovechamientos y goces que se reconocen al dueño ó propietario de un terreno, se le impone como límite de algunos, «lo dispuesto en la ley sobre minas». Ahora bien: esta limitación nace en principio de la distinción fundamental de que nuestra legislación parte al organizar jurídicamente la *propiedad minera*. En efecto, según el art. 5.° del decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868, los terrenos en que se encuentren sustancias minerales se consideran divididos en dos partes: el *suelo* y el *subsuelo*. El suelo comprende la superficie propiamente tal, y además el espesor á que haya llegado el trabajo del propietario, *ya sea para el cultivo, ya para solar y cimentación, ya con otro objeto que no sea el de la minería*. El subsuelo se extiende indefinidamente en profundidad desde donde el suelo termina. El suelo puede ser de propiedad particular (dice el art. 6.° del mismo decreto-ley), ó de dominio público, y el dueño nunca pierde el derecho sobre él, ni á utilizarlo, salvo caso de expropiación; el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado.

Como se ve, nuestra legislación en lo sustancial de la propiedad minera, al distinguir los usos y aprovechamiento de los terrenos, y al señalarlos en el supuesto de que existe la propiedad del suelo, atiende al principio racional que determina la relación económica y jurídica de la propiedad, á saber, la apropiación intencionada; pero no desarrolla este principio de un modo completo y lógico, en cuanto no permite al dueño del suelo, que espontáneamente pueda aprovechar sus terrenos, con el objeto de la explotación del mineral que en los mismos pueda encontrarse (descubridor de él en este caso), sino que, salvando el principio regalista, atribuye originariamente al Estado el dominio de los minerales; mas, por fortuna, en esta atribución hay mucho más de teórico que de práctico. Y así ocurre que el mismo decreto-ley á que nos referimos desarrolla la declaración favorable al dominio público de las minas en estos términos: el Estado «podrá, según los casos y sin más regla que la conveniencia, abandonarlo (el subsuelo, que es suyo) al

aprovechamiento común, cederlo gratuitamente al dueño del suelo, ó enajenarlo mediante un canon á los particulares ó asociaciones que lo soliciten» (1); lo cual hace la Administración, siguiendo las indicaciones imperativas del decreto-ley, que luego veremos.

Resultado de esto es, que lo *especial y particularísimo de la propiedad minera,* consecuencia de la atribución al dominio público de las sustancias minerales, á lo menos desde el punto de vista *civil,* está en la manera como los minerales entran en el comercio de los hombres, constituyéndose sus fuentes *(las minas)* en objeto de todas las relaciones de propiedad. Las minas llegan á ser propiedad efectiva de los particulares por el acto primitivo de la apropiación (ocupación originaria); pero no tiene efectos inmediatos esta apropiación para formar una *propiedad plena,* sino mediante su consagración en determinados casos por trámites administrativos, exigidos por la negación del carácter de *nullius* á los minerales. Una vez verificados tales trámites, las minas que los requieren constituyen una propiedad tan completa como cualquier otra que lo sea (2).

III

Fuentes legales en materia de minas.

Aun partiendo de la distinción de los aspectos *administrativo* y *civil* que en el arreglo de las cuestiones sobre la propiedad y aprovechamiento de las minas es necesario hacer, las fuentes legales relativas al segundo de los aspectos citados son varias, no conteniendo el Código civil en el capítulo que comentamos, ni con mucho, lo sustantivo y fundamental del derecho relativo á los minerales. El aspecto *jurídico civil* de las minas comprende probablemente las siguientes cuestiones: 1.ª, la declaración capital de á quién pertenecen (propiedad minera en sí misma); 2.ª, modos de llegar á obtenerla y de perderla, con el supuesto particular del

---

(1) Art. 6.° del decreto-ley de 1868.

(2) Véase la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Diciembre de 1883.

derecho de investigar, buscar ó descubrir la mina; 3.ª, relaciones particulares entre el dueño del suelo y los descubridores, y 4.ª, todo lo relativo á la transmisión, modificación, cargas, etc., etc., de la propiedad minera, una vez constituída como propiedad particular ó privada. De estas cuatro cuestiones, las tres primeras son consecuencia natural del carácter *especial,* por razón del objeto, de la propiedad de las minas, y no habiendo traido el legislador al Código civil todo lo que á la misma se refiere, tienen como fuentes el Código civil en alguno de sus artículos y la ley ó leyes especiales sobre Minería. La última cuestión, salvo en detalles que señalaremos, cae de plano bajo la acción reguladora de los principios que en el Código civil se contienen respecto de la propiedad en general.

Las fuentes legales principales, relativas á las tres primeras cuestiones, son las siguientes: 1.º, el art. 339 del Código civil; 2.º, los arts. 426 y 427 del mismo Código, y 3.º, como más especiales, el decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868 fijando las bases para una nueva legislación minera, modificado en su art. 19 por la ley de 24 de Julio de 1871, y en cuanto no se oponga á las disposiciones anteriores, la ley de 6 de Julio de 1859, modificada por la de 4 de Marzo de 1868 y reglamento de 24 de Julio del mismo año. Según hemos manifestado, la propiedad minera, en todo lo que á la misma se refiere, una vez constituída como tal en poder de un particular, se rige en general por las reglas establecidas en el Código civil sobre propiedad; infiérese esto del principio del art. 16 del mismo Código, según el cual, «en las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se *suplirá* por las disposiciones de este Código». Deben tenerse en cuenta muy particularmente, como disposiciones referentes á las mismas, el art. 334, núm. 8.º, que declara la mina cosa inmueble, y los 476, 477 y 478, que regulan ciertos detalles tocantes al usufructo de las minas, y el 1632, relativo á los derechos del enfiteuta respecto de ellas.

ARTÍCULO 426

Todo español ó extranjero podrá hacer libremente en terreno de dominio público calicatas ó excavaciones que no excedan de diez metros de extensión en longitud ó profundidad con objeto de descubrir minerales; pero deberá dar aviso previamente á la Autoridad local. En terrenos de propiedad privada no se podrán abrir calicatas sin que preceda permiso del dueño ó del que le represente.

Antecedentes y concordancias.—Los antecedentes y concordancias de este artículo son de escaso interés y fáciles de señalar. Puede considerarse la ley 4.ª, tít. 18, libro 9.º de la Novísima Recopilación como antecedente, pero no de este artículo sólo, sino de toda nuestra legislación minera. Los antecedentes más inmediatos y directos son, sin duda, el art. 8.º de la ley de 6 de Julio de 1859, cuya redacción se diferencia bastante de la del art. 10 del decreto-ley de 1868, que el art. 426 del Código civil reproduce casi literalmente (1).

Explicación del artículo.—Pocas indicaciones aclaratorias requiere el comentario del presente artículo. Su aplicación, no puede dar lugar á gravísimas cuestiones. Supone su recta inteligencia el conocimiento del sistema jurídico aceptado por el decreto-ley citado, para resolver el problema de la propiedad de las minas. Las minas, como ya hemos dicho, no descubiertas, son del Estado; pero no las explota por sí, como tal Estado, ni forman en realidad parte integrante de su patrimonio, sino más bien una fuen-

---

(1) El art. 10 del decreto-ley dice: «todo español ó extranjero podrá hacer libremente en terrenos de dominio público, calicatas ó excavaciones que no excedan de 10 metros de extensión en longitud ó profundidad, con objeto de descubrir minerales; *para ello no necesitará licencia*, pero deberá dar aviso á la autoridad local.

»En terrenos de propiedad privada no se podrán abrir calicatas sin que preceda permiso del dueño ó de quien le represente.»

te de riqueza nacional. Ahora bien: al efecto de que las minas puedan pasar á ser propiedad particular, el legislador sienta y reconoce el derecho de toda persona (español ó no) de buscar, de investigar la existencia de la sustancia mineral. En definitiva, la disposición que comentamos responde á una de las ideas generadoras de la reforma de la legislación hecha en 1868, á saber: facilitar la explotación de este gran elemento del progreso y de la riqueza pública.

Examinando detenidamente el texto del art. 426, pueden, sin embargo, ofrecerse algunas dudas (de escasa importancia), dada la manera con que está redactada su primera parte. Nos referimos á ellas, sobre todo, porque hemos visto que sirven de fundamento á censuras dirigidas al Código civil; censuras que alcanzan en este caso á los autores del decreto-ley de 1868. Dice el art. 426 que todo español ó extranjero puede hacer *libremente en terrenos de dominio público, calicatas*, etc., etc., sin más condición que *dar aviso previamente á la autoridad local.* Ahora bien: como en el concepto de terrenos de dominio público es preciso comprender los caminos, las fortificaciones y hasta los solares de ciertos edificios públicos, se advierte que, al tenor literal del art. 426, las calicatas podrán hacerse con sólo avisar á la autoridad local, por ejemplo, en una carretera. Pero, claro está, que esto es absurdo, y que la recta interpretación del art. 426 no lo supone. La duda expuesta, en realidad, sólo se ocurre forzando un poco el afán de encontrar defectuoso todo lo que el Código ha establecido; otras leyes no derogadas por el Código civil, como luego veremos, y la condición misma de las cosas, debieran bastar para no apuntar siquiera las censuras que los comentaristas aludidos formulan.

La última parte del art. 426, relativa á la necesidad de obtener el permiso del dueño ó de quien le represente para hacer calicatas en terrenos de particulares, es una consecuencia natural del respeto debido á la propiedad privada del suelo. De lo dicho allí se deduce, por otra parte, que el dueño del terreno podrá hacer por sí libremente en él las referidas calicatas, con lo cual no resulta ya tan absoluta como al pronto parece de la definición del sue-

lo, la probibición legal en virtud de la que se exceptúan de los aprovechamientos á que la propiedad puede dar lugar, los trabajos relativos á la minería.

ARTÍCULO 427

Los límites del derecho mencionado en el artículo anterior, las formalidades previas y condiciones para su ejercicio, la designación de las materias que deben considerarse como minerales y la determinación de los derechos que corresponden al dueño del suelo y á los descubridores de los minerales en el caso de concesión, se regirán por la ley especial de Minería.

El examen de este artículo no ofrece, en rigor, cuestión alguna motivada por su directa aplicación. No contiene precepto jurídico de carácter sustantivo: es un artículo *de referencia* á la legislación (no ley, que no existe) sobre minería. El comentario, pues, no puede analizar el texto para facilitar su inteligencia, ú oponer los reparos que su redacción suscite. Lo único que cabe hacer, para que el comentario resulte de alguna utilidad, es indicar, por vía de complemento y con la debida brevedad, cómo se hallan resueltas cada una de las cuestiones que el referido artículo formula. Son estas cuestiones las siguientes:

PRIMERA. *Límites y condiciones del derecho de investigación.*— Es preciso, para informarse de lo que hay en este punto, acudir á la ley de 6 de Junio de 1859, reformada en 4 de Marzo de 1868, y al reglamento de 24 de Junio de este último año. La principal obligación que se impone al ejercicio del derecho de abrir calicatas en terrenos de dominio público, se halla contenida en el art. 12 de la citada ley reformada; y esta disposición, vigente, por no estar derogada ni por el decreto-ley, ni menos por el Código, es la que positivamente aclara las dudas que al suspicaz comentarista puede suscitar la aplicación del art. 426, dudas á que ya antes nos referimos (1). En efecto, según el citado art. 12 de la repetida ley,

(1) Véase el Real decreto-sentencia de 4 de Diciembre de 1884, que declara vigente el art. 12, copiado arriba.

no pueden abrirse calicatas ni otras labores mineras á menos distancia de 40 metros de un edificio, camino de hierro, carretera, canal, fuente, abrevadero ú otra servidumbre pública, y 1.400 de los puntos fortificados, á menos que en este último caso se obtenga licencia de la autoridad militar, y en los demás, del gobernador, si se tratare de servicio ó servidumbre pública, ó del dueño, cuando se trate de edificios de propiedad particular. Los detalles administrativos referentes á la manera de proceder en consonancia con el art. 12, deben verse en el reglamento citado, artículos 11 al 19 inclusive.

SEGUNDA. *Designación de las materias consideradas como minerales.*—Se hallan éstas definidas, clasificadas y enumeradas en los arts. 1.° al 4.° inclusive del decreto-ley de Diciembre de 1868. Las sustancias útiles del reino mineral, que originariamente se hallan en el dominio del Estado, se clasifican, para regular su aprovechamiento, en tres secciones. En la primera se comprenden los productos minerales de naturaleza terrosa, las piedras silíceas, las pizarras, areniscas ó asperones, granitos, basaltos, tierras y piedras calizas, el yeso, las arenas, las margas, las tierras arcillosas, y en general, todos los materiales de construcción cuyo conjunto forman las canteras (1). En la segunda se comprenden los placeres, arenas ó aluviones metalíferos, los minerales de hierro, de pantanos, el esmeril, ocres, almagras, los escoriales y terrenos metalíferos procedentes de beneficios anteriores, las turberas, las tierras piritosas, aluminosas, magnesianas y de batán, las salitrales, los fosfatos calizos, la berecina, espato fluor, esteatita, kaolín y las arcillas (2). Por último, en la tercera se comprenden los criaderos de las sustancias metalíferas, la antracita, hulla, lignito, asfalto y betunes, petróleo y aceites minerales, el grafito, las sustancias salinas, comprendiendo las sales alcalinas y térreo-alcalinas, ya se encuentren en estado sólido, ya disueltas en el agua, las caparrosas, el azufre y las piedras preciosas (3).

---

(1) Art. 2.° del decreto-ley de 1868.

(2) Art. 3.° de ídem.

(3) Art. 4.° de ídem.

La consecuencia jurídica más importante de la distinción legal de las sustancias minerales en estas tres secciones, es la relativa á cómo pasan del dominio del Estado al aprovechamiento privado. Las que están comprendidas en la primera sección, si se hallan en terrenos de dominio público (como canteras, por ejemplo), son de aprovechamiento común. Cuando se hallan en terrenos de propiedad privada, el Estado, sin más, *las cede* al dueño del terreno, el cual puede disponer de ellas como dispone de cosa propia, utilizándolas al efecto en la forma y tiempo que estime oportunos (1). Las sustancias de la segunda sección, si se hallan en terreno de particulares, el Estado *se reserva el derecho de cederlas* á quien solicite su explotación, si el dueño no las explota por sí, con tal que antes se declare la empresa de utilidad pública y se indemnice al dueño por la superficie expropiada. En el caso de que el dueño sea el que explote estas sustancias minerales, no está obligado al pago del canon por hectárea, que deberá pagar el tercero que hiciese la explotación de las sustancias indicadas (2). Los minerales comprendidos en la tercera sección, sólo podrán explotarse en virtud de concesiones otorgadas por el Gobierno, mediante el pago de canon anual (3).

Realmente, las particularidades más interesantes que la constitución del aprovechamiento de los minerales entraña, refiérense á las sustancias de la tercera sección, siempre, y en ciertos casos á las de la segunda. Por de pronto, las de la tercera son las que dan lugar á la necesidad de distinguir entre la propiedad del suelo y la del subsuelo, y las que exigen, con las de la segunda, cuando la explotación se solicita por persona que no sea el dueño del terreno, los trámites especiales que entraña la concesión. Estos trámites se hallan determinados, en sus principios capitales, en el decreto-ley de 1868, y desarrollados por la ley reformada de 1859 y re-

(1) Art. 7.° del decreto-ley de 1868.

(2) Art. 8.° de idem.

(3) Art. 9.° de idem. La concesión de las sustancias de esta última clase constituye una propiedad separada de la del suelo.

glamento de 1868, citados ya. Como base para las concesiones mineras se debe partir de la definición legal de la unidad de medida para solicitarlas; unidad de medida que es lo que se llama pertenencia, y que consiste en un sólido de base cuadrada, de 100 metros de lado, medido horizontalmente en la dirección que designe el peticionario, de profundidad indefinida en las sustancias de la tercera sección, y que termina donde concluye la materia explotable en las de la segunda (1). La concesión ha de recaer sobre un mínimum de cuatro pertenencias (2).

La concesión que tiene como consecuencia el otorgamiento de los derechos de explotación de una mina y cuantos lleva consigo este otorgamiento, con los caracteres de una propiedad de que el concesionario dispone libremente (art. 21 del decreto-ley) (3), entraña varios períodos que la preparan, y que pueden reducirse á la *petición* ó solicitud de la concesión (4), á la *demarcación* de la misma por el Cuerpo facultativo de Ingenieros (5), y á la *obtención* de la propiedad de las cuatro ó más pertenencias solicitadas. Las concesiones mineras se otorgan *á perpetuidad*, mediante un canon *anual* (6); en su virtud, estas concesiones constituyen un patrimonio como cualquier otro, que, sin embargo, puede perderse de una manera especial, á saber, por la caducidad de la concesión, la cual tiene efecto cuando el dueño deja de satisfacer el importe de un año del canon que le corresponda, y perseguido por la vía de apremio,

---

(1) Art. 11 del decreto-ley de 1868.

(2) Art. 12 del decreto ley citado. Este artículo añade, que «todas las pertenencias que por su conjunto formen una concesión, deberán estar agrupadas sin solución de continuidad, de suerte que las contiguas se unan en toda la longitud de uno de sus lados».

(3) Se exceptúan, según la ley, los productos de minerales estancados, sobre los cuales se observarán las reglas que rigieran en la materia mientras el estanco subsista.

(4) Art. 15 del decreto ley citado. La prioridad en la presentación de la solicitud, da derecho preferente, según el art. 16.

(5) Véase el art. 17 del decreto ley, en relación con los 48 y siguientes del reglamento de 8 de Junio de 1868.

(6) Véase el art. art. 19 del decreto-ley.

no le satisfaga en el término de quince días ó resulte insolvente. En este caso, la concesión se declara nula y se saca la mina á pública subasta, reteniendo la Administración la suma que se le adeudare, los gastos originados y el 5 por 100 del total, entregando el resto al primer dueño. Si no diesen resultado tres subastas sucesivas, la mina pasa á ser lo que se llama *terreno franco* (1).

TERCERA. *Determinación de los derechos que corresponden al dueño del suelo y á los descubridores de los minerales en el caso de concesión.*—Acerca de este punto, importan especialmente los artículos 8.°, 9.° y 27 del decreto-ley citado. En primer lugar, cuando se trate de aprovechamiento de sustancias minerales correspondientes á la segunda sección, para que un particular que no sea dueño del suelo pueda aprovecharlas, es preciso: 1.°, que la empresa se declare de utilidad pública, y 2.°, que se indemnice al dueño por la superficie expropiada. En cuanto á las de la tercera sección, la concesión minera constituye una propiedad separada del suelo; pero cuando una de ambas deba ser anulada y absorbida por la otra, proceden la declaración de utilidad pública, la expropiación y la indemnización correspondiente. Por último, para verificar la explotación de las minas ya concedidas, los mineros se concertarán libremente con los dueños de la superficie acerca de la extensión que necesiten ocupar para almacenes, talleres, lavaderos, oficinas de beneficio, depósitos de escombros ó escorias, instalación de máquinas, bocaminas, etc., etc. Si no pudiesen avenirse, ya en cuanto á la extensión, ya en cuanto al precio, el dueño de la mina solicitará del gobernador la aplicación de la ley (ley de 10 de Enero de 1879) sobre utilidad pública. En los informes del ingeniero de la Diputación, como se trata al fin y al cabo de una concurrencia é incompatibilidad de aprovechamientos, se tendrán en cuenta y se apreciará como corresponda: primero, la necesidad de la expropiación; segundo, las ventajas que por una y otra parte ofrecen, ya la explotación de las minas, ya el cultivo ó explotación del suelo, para poner en claro de este modo, cuál de los dos inte-

(1) Véase el art. 23 del decreto ley.

reses debe ser atendido con preferencia al otro. En todo caso, deberá preceder al acto de expropiar la correspondiente indemnización (1).

CAPÍTULO III

De la propiedad intelectual.

I

Fundamento de la propiedad intelectual.

«El derecho del escritor ó del artista sobre su obra ha sido estudiado desde hace veinte años, con especial cuidado, por los legisladores de todas partes. Este favor de que ha gozado se explica muy bien; en primer lugar, antes había sido poco estudiado, y como no se tenía de él una concepción bien definida, no se le reconocía y reglamentaba sino poco á poco, de un modo fragmentario y según las necesidades del momento; por otra parte, menudearon los escritores que han sabido inducir de los hechos la doctrina; formáronse asociaciones, como la que se fundó en París en 1878 bajo los auspicios de Víctor Hugo, las cuales han hecho una gran propaganda en favor del reconocimiento de los derechos del escritor y del artista, predicando la unificación de las legislaciones sobre la propiedad literaria y artística, y ante movimiento tan fuerte, los Gobiernos hanse visto obligados á legislar y á codificar acerca del asunto. Alemania había hecho su legislación sobre los *derechos de autor* en 1870; desde 1879, España tiene una ley muy completa sobre la propiedad intelectual; en 1882, las leyes de Italia relativas á los derechos de los autores de las obras del espíritu, han sido coordenadas por decreto en un solo texto; Suiza tiene una ley de 23 de Abril de 1888; Hungría otra de 26 de Abril de 1884; la ley belga de 22 de Marzo de 1886 es una de las mejores y puede ser-

---

(1) Véase el art. 27 del decreto ley.

vir de modelo; la república del Ecuador, en 1887, y Túnez, en 1889, tienen también su ley sobre la propiedad literaria y artística...» (1).

Cierto es todo lo copiado, y cierto es que pocas materias jurídicas han sido objeto de tan rápida y unánime protección legislativa; pues no está ahí cuanto puede señalarse en ese sentido. A las leyes nacionales que quedan citadas y á las muchas más que es posible añadir, es preciso juntar las inteligencias internacionales, los tratados entre las naciones, y hasta los convenios ó uniones de varios Estados, como el de Berna de 1886, encaminados todos á hacer efectiva y práctica la protección de la propiedad intelectual y de un modo cada vez más universal.

Y sin embargo, la legitimidad de esta propiedad particularísima, el alcance que debe tener, el objeto sobre que recae y los derechos que con relación á ella deben ser protegidos, implican cuestiones *siempre puestas,* constantemente renovadas y resueltas en la filosofía del derecho de un modo muy distinto.

Por eso, el comentario de esta forma especial de la propiedad, que el Código civil define y limita de un modo particular (art. 428), tiene que iniciarse con la indicación del fundamento capital (si es que lo tiene) de la misma. Mas para averiguar esto, es necesario que ante todo sepamos de una manera clara y precisa en qué consiste el objeto y contenido de esta propiedad; pues quizá la gran confusión que á veces reina en las discusiones acerca de su fundamento y de si la misma existe ó no existe, dependa de no fijar como se debe aquéllos.

La definición de la propiedad intelectual—tomada en un sentido amplísimo, más amplio que el que el Código civil acepta—entraña la determinación del derecho que al hombre corresponde sobre aquellos objetos que produce, mediante el empleo y aplicación de las fuerzas exteriores naturales, al servicio de los fines de la vida espiritual, desde el punto de vista de su *disposición* y *disfrute eco-*

(1) Véase G. Maillard, *Le Projet de loi autrichien concernant le droit d'auteur,* pág. 3.

nómicos. Lo característico de estos objetos es el predominio del elemento personal—actividad libre—sobre el material ó concreto proporcionado por las fuerzas exteriores que en junto forman la naturaleza. Ahora bien: nadie pone en duda que el *objeto* producido, en sí mismo, individualmente considerado—un libro, una estatua, un invento,—sea propiedad plena del productor. El que escribe un libro, ó hace una estatua ó compone un invento, es muy dueño de reproducirlo, de venderlo, del propio modo que el dueño de una tierra dispone de ésta y de sus frutos. Pero mientras el propietario de la tierra, con venderla ó vender sus frutos, realiza acaso plenamente para él todo su destino económico, recogiendo sus provechos y utilidades, representados, por ejemplo, en el precio, el autor de un libro, ó de una estatua, ó de un invento, no recogerá todos los provechos y utilidades de la *cosa propia* con disponer de ella individualmente, pues la forma más importante del provecho económico del libro, estatua ó invento consiste en la facultad de reproducirlo en ejemplares iguales ó análogos, cada uno de los cuales procura á quien los utiliza las condiciones todas que el *objeto* posee para verificar su pleno aprovechamiento. Si el propietario de un libro *no puede* impedir que, una vez conocido éste, lo reproduzca quien quiera, entonces la propiedad que se le reconoce queda reducida á bien poca cosa; el esfuerzo empleado en la producción del libro no se ve de esta suerte remunerado. La cuestión, pues, capital, para determinar en qué consiste el *contenido* del derecho de propiedad intelectual, está en si es lícito al *autor* de un libro, de un cuadro, de un invento, en general, de cualquier objeto de los que se consideran como productos del espiritu, y cuya forma de aprovechamiento principal consiste en la *reproducción* de ejemplares análogos del original producido, si es lícito, repetimos, al *autor* de dichos objetos *reservarse el derecho exclusivo de reproducirlos.*

Tres soluciones se han formulado en la ciencia acerca de esta cuestión, ó mejor, debiéramos decir, *dos soluciones,* pues de las tres que es corriente señalar, dos de ellas representan criterios rigurosamente lógicos y radicales, mientras la tercera no tiene un carác-

ter esencialmente filosófico; es más bien una especie de expediente resolutorio, de índole práctica, mediante el cual se procura salvar el principio de una de las soluciones anteriores—la propiedad intelectual,—rectificando ciertos efectos que se conceptúan extremos, resultantes de llevar dicho principio á todas sus últimas consecuencias.

De las dos soluciones, la una es contraria al derecho de reproducción exclusiva por el autor de sus obras—negación de los *derechos de autor;*—la otra, en cambio, afirma tal derecho de una manera absoluta. Reconocen los partidarios de la primera, que el derecho del autor de un libro, por ejemplo, se limita al manuscrito y á la edición ó ediciones que de él haga, pero sin que pueda prohibir á las demás personas una ulterior y libre reimpresión. El hecho de la publicación de un libro hace de éste una propiedad pública. Conceder al autor el derecho preferente para reproducir sus obras espirituales, entraña, en opinión de los que sustentan el criterio referido, la consagración de un verdadero *monopolio.* Por su parte, los partidarios de la segunda solución afirman que, negar al autor el derecho de reproducir, si quiere exclusivamente, *su* libro ó *su* cuadro, es negarle los provechos derivados de su esfuerzo. Y en efecto, con reconocer al autor el derecho indicado, no se le declara propietario de ideas en sí mismas, sino «de la forma enteramente original é individual que les ha dado» (1), lo que es *cosa suya* y de que debe disponer, en atención á la *propiedad* que sobre ella tiene y al servicio que, poniéndola en circulación, presta.

«Un hombre, dice á este propósito el gran sociólogo inglés Spencer, puede leer, escuchar, observar indefinidamente sin atentar á la libertad de otro. Los conocimientos que de esta suerte ha adquirido puede asimilárselos, reorganizarlos, formular conocimientos nuevos sin atentar tampoco á los derechos de nadie. Nadie se creerá con derecho á pretender que éste se excede en los derechos de la libertad individual si se reserva sus conclusiones y los pensamientos elaborados. Si en lugar de reservárselos se decide á publi-

(1) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 313.

carlos, *debe ser muy dueño de imponer condiciones, sin atentar por eso á los derechos de ninguna otra persona.* Los demás hombres quedan en libertad de aceptarlos ó no... Si otros hombres pasan por las condiciones propuestas, y después que les ha vendido ejemplares del libro, ya directamente, ya por el intermedio de sus agentes, bajo el imperio de un acuerdo tácito por el que, á cambio de una suma de dinero recibida, les cede en el papel impreso el derecho de leer y de prestar su obra, pero no el de reproducirla; si, repetimos, en esas circunstancias se reproduce el libro, el que tal haga viola las condiciones tácitamente aceptadas y comete una agresión. En pago del precio entregado, se apodera de un beneficio mucho más considerable que el que el productor entendía ofrecerle á cambio del precio recibido» (1).

Sin duda, pues, atendiendo al origen de las obras intelectuales, al modo como éstas pueden transformarse, por medio del cambio, en provecho y utilidad económica para quien las produce, la propiedad intelectual, con las consecuencias necesarias del goce del derecho exclusivo de reproducción, tiene un fundamento capital, incontrovertible. Negar la propiedad intelectual, así comprendida, es desconocer la naturaleza de las cosas; es privar al *autor* de obras del espíritu de las condiciones bajo que económicamente puede vivir, con el esfuerzo libre de su actividad racional.

Mas al llevar este principio á todas sus consecuencias, se han suscitado algunas interesantes cuestiones. ¿Se trata de un principio absoluto? El citado sociólogo, H. Spencer, dice á este propósito lo siguiente: «El legislador y los pensadores se han preocupado con la duración que conviene dar á este derecho de propiedad. El problema no es facil de resolver: ¿debe concederse durante la vida del autor y la de sus descendientes, sin limitación alguna durante la del primero, y por un cierto número de años después de su muerte, ó durante la vida del autor tan sólo?» (2). En opinión de Spencer, no hay una razón especial que aconseje para ese género

---

(1) *La Justicia,* trad. esp., págs. 147 y 148.

(2) Ibidem, pág. 152.

de propiedad un régimen legal distinto. Atendiendo al principio en sí, no se advierte por dónde ha de limitarse, en cuanto al tiempo, la duración de la propiedad intelectual. Sin embargo de esto, es preciso tener en cuenta, de un lado, que la propiedad intelectual debe estar en general sometida á todas las limitaciones que las demás propiedades, y de otro, que los objetos de esta propiedad son de una naturaleza particular, indivisible, permanente ó persistente, que les hace de un aprovechamiento privado dificilísimo á través del tiempo y de las generaciones.

Estas dificultades, y otras consideraciones de utilidad general, han hecho que se produjera la otra solución á que nos hemos referido, la cual, en sí misma y en cuanto pretende regular el ejercicio del derecho de propiedad intelectual, entraña un principio justo, pero que es casi imposible de traducir concretamente, de un modo esencialmente jurídico, pues tiene que formularse en disposiciones circunstanciales de carácter empírico y convencional. En efecto, ¿por qué ha de ser más justo que la propiedad intelectual dure ochenta años, y no ciento? Puede ser justo en principio que la propiedad se limite en su duración; pero lo que resulta en rigor imposible es precisar el momento en que es también justo que cese.

Sobre esta solución intermedia no insistimos más. Es, con variantes de detalle, la de la mayoría de las legislaciones positivas, que examinaremos más abajo.

*
* *

La manera de denominar la propiedad *intelectual* ha sido objeto de algunos reparos. Morillot (1) considera el adjetivo *intelectual* como un «término genérico, tan cómodo como impropio». El Sr. Azcárate lo reputa inadecuado é inconveniente (2). En algunas legislaciones—la austriaca, entre otras—la propiedad intelectual se denomina con el epígrafe de *derechos de autor*. Realmente, no es

(1) Citado por el Sr. Azcárate, en su *Historia del derecho de propiedad*, V. II, pág. 377.

(2) Obra citada, tomo 2.°, pág. 317.

completamente exacto ni expresivo de todo lo que se quiere decir el adjetivo *intelectual.* Mas pasa con esto lo que con otras muchas palabras: el uso las ha consagrado, y como ya se sabe lo que con ellas se quiere expresar, parece inútil discutir si están ó no bien empleadas. Seguramente, es más exacto llamar á esta propiedad, propiedad intelectual, que literaria, ó literaria y artística; en el supuesto—que el Código no acepta por completo—de que se comprende en ella la propiedad ó derecho y forma del disfrute económico que los autores ó sus derechohabientes tienen respecto de aquellos objetos, en cuya producción se manifiesta con predominio eminente la actividad espiritual del hombre.

Las varias especies de objetos á que aquí nos referimos, ha determinado una clasificación de las mismas en cuatro grandes grupos, que constituyen otras tantas formas particulares de la llamada propiedad intelectual. Así hay: 1.°, una propiedad *literaria;* 2.°, una propiedad *artística;* 3.°, una propiedad *dramática;* y 4.°, una propiedad *industrial.* Al tratar más abajo de las disposiciones de nuestro derecho positivo, desarrollaremos los conceptos diferentes de estas cuatro clases de propiedad intelectual.

II

Soluciones legislativas.

Como hemos indicado anteriormente, el derecho positivo sigue casi con entera unanimidad la solución *intermedia,* que si no es la más justa, es por lo menos la más acomodaticia y circunstancial. Debe hacerse, á modo de excepción, la cita de Méjico, donde se ha reconocido el principio de la perpetuidad del derecho del autor y de sus herederos, en cuanto á la propiedad literaria. La solución intermedia responde al principio de la *limitación* en el tiempo del disfrute de los derechos de propiedad sobre obras literarias, artísticas, dramáticas ó inventos aplicables á la industria. En cuanto á la literaria, unos países, como Francia, Portugal, Hungría, Noruega, Suecia y Rusia, conceden ese derecho por la vida del autor y cincuenta años más; otros, como Alemania, Suiza y Dinamarca, por

la vida del autor y treinta años más; lo propio se hace en el proyecto de ley últimamente formulado en Austria; en otros, como en Bélgica, el número de años del disfrute después de muerto el autor, es de veinticinco; en Venezuela, de catorce; de diez en el Brasil, y de cinco en Chile. En Italia se aplica el principio de la limitación de otra manera: el derecho del autor lo disfruta éste por su vida y los herederos hasta cuarenta años después de publicada la obra; en Inglaterra, el derecho del autor dura su vida y siete años después, sin que el disfrute pueda durar menos de cuarenta años. De todas las legislaciones positivas, tiene la española un sentido que se acerca más á lo justo. La ley de 1879, como luego veremos, reconoce el derecho de propiedad intelectual—no meramente literaria, sino literaria, artística y dramática—para toda la vida del autor y *ochenta años* después de su muerte.

El principio de la limitación tiene otras manifestaciones aceptadas por algunas legislaciones positivas. Unas legislaciones aplican la propiedad literaria al criterio de la expropiación por causa de utilidad pública: tal hace la legislación portuguesa. Otras legislaciones permiten en ciertos casos la reimpresión ó reproducción de las obras á personas que directamente no tienen derecho á hacerlo: así lo disponen las legislaciones inglesa, dinamarquesa y noruega.

En cuanto á la aplicación del principio de la limitación en el tiempo del disfrute de la propiedad intelectual, las legislaciones andan en bastante desacuerdo sobre si tal aplicación ha de hacerse uniformemente á las cuatro clases de propiedad que hemos distinguido, ó bien si ha de aplicarse á cada una de diferente modo. Casi todas las legislaciones consideran los inventos aplicables á la industria de naturaleza jurídica especial, regulándolos según leyes particulares. Tal hace la legislación española, que ni siquiera cita tal género de propiedad en el Código civil. Respecto de las otras tres formas de propiedad intelectual, hay legislaciones, como la alemana y la sueca, que regulan la propiedad artística con limitaciones diferentes á las aplicadas á la literaria, y otras, como la misma alemana, la italiana y la holandesa, que tratan por separado

la dramática. Nuestra legislación, más lógica, sin duda, incluye bajo el título de propiedad intelectual las obras científicas, literarias y artísticas, equiparando á la literaria, la dramática.

III

Fuentes legales sobre propiedad intelectual.

Los redactores del Código civil, al desarrollar los preceptos contenidos en la repetida base 10 de la ley de 11 de Mayo de 1888, entendieron *deducir* de la legislación particular sobre producciones científicas, literarias y artísticas, «lo que puede estimarse como fundamento orgánico de *derechos civiles* y *sustantivos*», con formular los dos arts. 428 y 429, que constituyen este capítulo que comentamos. No aceptaron para esta especial materia el criterio desarrollado en la de *Aguas,* sino el aplicado á los *Minerales,* si bien es preciso reconocer que han procedido en el presente caso con mejor fortuna en la elección del principio capital de donde forzosamente se deriva todo el ulterior desarrollo jurídico-legislativo, que en el caso ya estudiado de los *Minerales*. En efecto, en el artículo 428 se afirma «*el fundamento orgánico de los derechos civiles y sustantivos*» que entraña el disfrute de las producciones científicas, literarias y artísticas, toda vez que se declara que el autor de las referidas producciones «tiene el derecho de *explotarlas y disponer de ellas* á su voluntad», aunque sea según lo dispuesto en la ley sobre Propiedad intelectual, al tenor de lo que se dice en el art. 429 del mismo Código civil.

La situación actual de las fuentes legales en materia de propiedad intelectual, bajo el régimen de la *dualidad* de legislaciones que resulta una vez publicado el Código civil, es, para los territorios donde éste se aplica en toda su integridad, la siguiente:

En primer término, se hallan los artículos que estamos comentando, es decir, los 428 y 429. Por declaración expresa de este último, viene inmediatamente la ley sobre Propiedad intelectual de 10 de Enero de 1879, naturalmente, con el reglamento para su ejecución de 3 de Septiembre de 1880. Además, es preciso acudir á todas

aquellas disposiciones de carácter imperativo, emanadas del Poder ejecutivo, y encaminadas á aplicar los preceptos de la ley, tanto en lo relativo al disfrute de la propiedad intelectual por los españoles, cuanto en el respecto de las relaciones internacionales, tan importantes en esta materia; á este efecto, las fuentes especiales son, sobre todo, los tratados celebrados entre España y las demás naciones, mereciendo especial mención la unión ó convenio internacional de Berna, de 1886, celebrado entre España, Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Suiza y la república de Haiti (1). Por último, al tenor de la última parte del art. 429 del Código civil, la propiedad intelectual, «en casos no previstos ni resueltos por la ley especial, se aplicarán las reglas generales establecidas en el Código sobre la propiedad».

De conformidad con indicaciones anteriores, debe manifestarse que estas fuentes no contienen los preceptos porque se regula una de las cuatro especies de propiedad intelectual que hemos distinguido, esto es, la propiedad *industrial*. Los redactores del Código civil, sujetándose estrictamente á la letra de la base 10, tantas veces citada, que habla sólo de producciones científicas, literarias y artísticas, prescindieron de los *inventos* aplicados á la industria. Acerca de este interesante asunto, las fuentes legales de nuestro derecho, vigentes antes y después de publicado el Código civil, son, como luego veremos, la ley de 30 de Julio de 1878, sobre *patentes de invención* en la industria, y varias disposiciones de carácter esencialmente administrativo.

---

(1) Fuera de este convenio estableciendo una unión internacional para la protección de obras artísticas y literarias, de 9 de Septiembre de 1886, España, en virtud del art. 51 de la ley de Propiedad intelectual, celebró tratados con las naciones siguientes:

Con Francia, en 16 de Junio de 1880.

Con Bélgica, el 26 del mismo mes y año.

Con Italia, el 28 de idem íd.

Con Inglaterra, en 11 de Agosto de íd.

Con Portugal, en 9 de idem íd.

Con la república del Salvador, en 23 de Junio de 1884.

Y con la república de Colombia, en 28 de Noviembre de 1885.

ARTÍCULO 428

El autor de una obra literaria, científica ó artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella á su voluntad.

Antecedentes histórico-legales.—En el art. 428 del Código civil se afirma, con el alcance que ya hemos dicho y á que luego nos referiremos nuevamente, el principio capital del derecho de propiedad intelectual, como propiedad científico-literaria y artística, prescindiendo de la industrial (1). Este principio, ó sea el derecho cuyo reconocimiento entraña todo el desarrollo que el artículo y las disposiciones legales complementarias suponen, es, según advierte al Sr. Azcárate, de índole moderna. «Es inútil, dice este ilustre escritor, buscar precedentes históricos á las diferentes especies de propiedad intelectual. El descubrimiento de la imprenta, el aumento de la cultura general, el desarrollo de la mecánica y de las ciencias naturales que han determinado ese desenvolvimiento en el orden industrial y mercantil, junto con la complicación de las relaciones económicas, son los hechos que han dado lugar á esos distintos grupos de relaciones jurídicas...» (2). Sin embargo, conviene advertir: 1.°, que el principio se ha revelado espontáneamente desde muy antiguo en los pueblos que han alcanzado cierto grado de cultura jurídica; y 2.°, que en nuestra misma legislación, el reconocimiento de los derechos de autor tiene antecedentes, si no muy remotos, algo lejanos y de arraigo, que explican el notable desarrollo que la legislación española sobre propiedad intelectual ha logrado en el presente siglo. La revelación espontánea del principio de la propiedad intelectual lo hace ver muy bien el citado sociólogo H. Spencer. «La costumbre, primero, y luego las leyes, dice, han reconocido el derecho de los *productores intelectuales*. En el ori-

(1) Una monografía muy completa de estas materias, es el trabajo publicado por el Sr. Caravantes en la *Revista de Legislación*, años de 1876-1877.

(2) Obra citada, tomo 2.°, pág. 310.

gen, el auditorio ó el patronato de los personajes ilustres, en cuya casa recitaban aquéllos sus obras, remuneraban á los autores: era de mal tono, y hasta deshonroso, sustraerse á esta obligación. En Roma (1), ese derecho de propiedad adquirió cierto valor. M. Copinger señala diferentes autores antiguos que vendieron sus obras; por ejemplo, Terencio, que vendió *El Eunuco*, y Estacio, que vendió su *Agalda*. Los copistas alcanzaron, si no á los ojos de la ley, en la práctica, el derecho de reproducción exclusiva de los manuscritos» (2). En Inglaterra, afirma Robertson, el derecho del autor está reconocido desde hace dos siglos (3). Carlos II prohibió imprimir una obra sin el consentimiento del autor (4). Por su parte, el Sr. Azcárate cita como pueblos donde primero se legisló reconociendo la propiedad literaria á Sajonia (1773) y á España (1778) (5).

Prescindiendo ahora del desenvolvimiento histórico que la propiedad intelectual ha obtenido en los diferentes países, y circunscribiéndonos á España, la indicación del Sr. Azcárate confirma claramente lo que dejamos dicho respecto de la existencia de antecedentes legislativos bastante lejanos en el derecho patrio, relativos al reconocimiento del derecho de autor. Por de pronto, nuestras leyes, á partir de 1480, esto es, en tiempo de los Reyes Católicos, se han ocupado con mucha frecuencia de las relaciones jurídicas á que da lugar la vida literaria: publicación, introducción en España, espurgo, tasa, etc., etc., de los libros. Pero con relación al punto concreto de que hablamos, la ley que contiene al que puede estimarse como antecedente más directo del art. 428, es la 24, título 16 del libro 8.° de la Novísima Recopilación, y además la 25, de los mismos título y libro del referido código (6). La primera de estas leyes, en su párrafo segundo, consagra el derecho del autor en

(1) Véase Copinger (W. A.), *The Law of Copyright*, pág. 2.

(2) Spencer, *La Justicia*, pág. 151.

(3) Artículo *Copyright*, en la *Enciclopedia Británica*, citado por Spencer.

(4) Spencer, obra citada, pág. 151.

(5) Idem íd., tomo 2.°, pág. 311.

(6) Véase el *Tratado de Propiedad intelectual en España*, del Sr. Ansorena, caps. 3.° al 6.°

esta forma: «Deseando fomentar y adelantar el comercio de los libros en estos reynos..., mando que de aquí adelante no se conceda á nadie privilegio exclusivo para imprimir un libro, sino al mismo autor que lo haya compuesto...» La otra consagra la transmisión hereditaria de este derecho, por cuanto dispone que «los privilegios concedidos á los autores no se extinguen por su muerte, sino que pasan á sus herederos, como no sean comunidades ó manos muertas»; y que *«á estos herederos se les continúe el privilegio mientras lo soliciten, por la atención que merecen aquellos literatos que, después de haber ilustrado á su patria, no dejan más patrimonio á sus familias que el honrado caudal de sus propias obras y el estímulo de imitar un buen ejemplo»*.

Naturalmente, cuando la consagración del principio de la propiedad literaria alcanza un carácter jurídico completo, y un amplio y complejísimo desarrollo en España, es en el presente siglo. Los iniciadores del régimen constitucional, en 1810 y en 1813, dictaron disposiciones interesantísimas sobre la materia. Abolidas por Fernando VII en 1814, fueron restauradas en 1823, para ser abolidas de nuevo bajo el influjo de la reacción absolutista triunfante. En 1834, implantado definitivamente el régimen constitucional, se dictó un reglamento reconociendo los derechos de autor, derechos aclarados y confirmados en 1837 respecto de la propiedad de las obras dramáticas. La primera sistematización de la propiedad intelectual, débese á la ley sobre la Propiedad *literaria* de 10 de Junio de 1847, cuyo art. 1.° es antecedente directo del art. 428 del Código. Esta ley fué la que vino á ser reformada y sintetizada por la vigente sobre Propiedad *intelectual* de 1879.

Explicación concordada del art. 428.—El contenido de este artículo es de una interpretación directa y sin reservas ni graves complicaciones. Lo que principalmente requiere es: 1.°, una explicación legal de lo que debe entenderse por obra científica, literaria ó artística; y 2.°, el desarrollo del derecho de explotación y disposición libre que se reconoce al autor. Esto último es lo que se contiene en las referencias legislativas que es preciso evacuar al comentar el art. 429. Lo primero es preciso hacerlo aquí inmediatamente.

La explicación de los objetos que deben considerarse como obras científicas, literarias ó artísticas, la tenemos en los arts. 1.°, 3.° y 19 de la ley sobre Propiedad intelectual de 1879, y sus concordantes del reglamento de 1880. Así, según el art. 1.° de la referida ley, «la propiedad intelectual comprende las obras científicas, literarias ó artísticas que puedan *darse á luz por cualquier medio*». Puntualizando la materia el art. 1.° del reglamento, dice que «se entenderán por obras, para los efectos de la ley de Propiedad intelectual, todas las que *se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía ó cualquier otro de los sistemas impresores ó reproductores* CONOCIDOS Ó QUE SE INVENTEN EN LO SUCESIVO».

Está en este punto concreto de la definición de los objetos sobre que recae la propiedad intelectual, muy explícita y clara nuestra legislación. Es, sin duda, superior en esto á otras muchas.

Sin ir más lejos, no pueden en la aplicación de la ley suscitarse las dudas que muchos comentaristas y críticos han suscitado con ocasión de examinar otras leyes extranjeras. El proyecto de ley austriaco sobre derechos de autor, por ejemplo, al señalar las obras de literatura y arte, respecto de las cuales se reconocen tales derechos, lo hace siguiendo un procedimiento de *enumeración*, que ha dado lugar á acerbas críticas, pues con él resulta que la ley no protege la propiedad de la carta, y no se sabe bien cómo debe entenderse la protección de la propiedad de la fotografía (1). Según la ley española, los objetos no se enumeran, se definen de un modo genérico, abarcando su protección, en la forma que luego se desarrolla, no *éstos* y *aquéllos*, sino *todos* los que se produzcan en la forma y condiciones que el art. 1.° de la misma y el art. 1.° del reglamento declaran. Pero aun hace más la ley para resultar completa: afirma que los beneficios de la ley son aplicables: 1.°, á los autores de mapas, planos ó diseños científicos; 2.°, á los compositores de música, y 3.°, á los autores de *obras de arte*, respecto á la

(1) Véase el folleto citado de M. Maillard.

reproducción de las mismas por cualquier medio; en el art. 19 declara que «no se podrá ejecutar en teatro ni sitio público alguno, en todo ni en parte, ninguna composición dramática ó musical sin previo permiso del propietario»; y, por último, en el art. 8.° dispone que «no es necesaria la publicación de las obras para que la ley ampare la propiedad intelectual», y así, «nadie tiene derecho á publicar sin permiso del autor una producción científica, literaria ó artística, que se haya estenografiado, anotado ó copiado durante su lectura, ejecución, ó exposición pública ó privada, así como tampoco las explicaciones orales».

ARTÍCULO 429

La ley sobre Propiedad intelectual determina las personas á quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial, se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad.

Indicación previa.—Antecedentes legales.—Tiene el art. 429 del Código civil un carácter análogo, respecto de la propiedad intelectual, al del 427, relativo á la propiedad de los minerales, si bien es aquél más completo en sus términos, en cuanto fija en su último miembro la fuente legal supletoria del derecho general para cuanto no está previsto ni resuelto en la legislación *especial* sobre propiedad intelectual, confirmando en este punto concreto de una manera expresa el principio del art. 16 del Código, según el cual, «en las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas *se suplirá* por las disposiciones de este Código». La índole particular, de mera referencia legislativa, del art. 429, hace que no se le puedan señalar antecedentes legales directos; sólo respecto de su última parte puede indicarse como concordancia indudable el artículo 5.° de la ley sobre Propiedad intelectual, que dispone que ésta «se regirá por el derecho común, sin más limitaciones que las impuestas por la ley».

Explicación detallada del art. 429.—También es aplicable al comentario del art. 429 lo dicho al iniciar el comentario del 427. El art. 429 no entraña, en sí mismo y á consecuencia de su aplicación directa é inmediata, cuestión alguna. Su contenido, como ya queda dicho, de mera referencia, ya al derecho *especial* sobre propiedad intelectual, ya al derecho *común* de propiedad, impone un comentario más que crítico, de ampliación y supletorio; como que el desarrollo de los preceptos que formula se refiere al desarrollo mismo de los dos derechos indicados; esto es, el de la ley de 1879 y las disposiciones del Código sobre propiedad en general. Ahora bien: el comentario de ampliación y supletorio que aquí es preciso hacer, comprende el estudio y solución de las cuestiones siguientes:

PRIMERA. Supuesto el reconocimiento de un derecho de explotación y disposición libre de las obras literarias, científicas y artísticas (art. 428), *¿á qué personas pertenece dicho derecho?*

La contestación á esta pregunta la tenemos en varios artículos de la ley de Propiedad intelectual, que deben ser aclarados en la práctica con sus respectivos concordantes del reglamento. Corresponde, en efecto, el derecho de propiedad intelectual (1), en primer término, á los *autores, respecto de sus propias obras.* No cabe en esto duda. El autor es, después de todo, el origen de los derechos que luego pueden corresponder á otras personas por diferentes motivos. Se ha discutido, á veces, cómo este principio general podría aplicarse á la correspondencia epistolar. Pero «según la opinión más seguida, como más fundada en la razón y en la equidad, si las cartas versan sobre literatura, ciencias ó artes, el autor conservará siempre la propiedad del original, y el que recibe la carta, aunque la hará suya, si no se le previene otra cosa por el autor, no puede aprovecharse de ella sino para su instrucción ó recreo, como podría hacerlo con un libro» (2).

Vienen, despues de los autores, los traductores; pero respecto

(1) Art. 2.° de la ley sobre Propiedad intelectual de 1879.

(2) *Ley de Enjuiciamiento civil,* comentada por Manresa y Reus, tomo 2.°, pág. 296.

de *su traducción,* si la obra original es extranjera y no lo impiden los convenios internacionales, ó si, siendo española, ha pasado al dominio público, ó se ha obtenido, en caso contrario, el permiso del autor. La propiedad en este caso tiene un objeto limitadísimo, la traducción, que es la *obra* del traductor, el cual, respecto de ella, cuando se haya hecho en las condiciones legales, es como *su autor.*

Figuran luego los que *refunden, copian, extractan, compendian ó reproducen* obras originales, los cuales son propietarios de sus trabajos, con tal que, siendo aquéllas españolas, se hayan hecho dichos trabajos con permiso de las personas á quienes pertenezcan las referidas obras. En cuarto término cita la ley á los *editores de obras inéditas* que no tengan dueño conocido, ó de cualesquiera otras, también inéditas, de autores conocidos que hayan llegado á ser de dominio público. Figuran en último lugar los *derechohabientes* de los anteriormente expresados, ya sea por herencia, ya por cualquier otro título traslativo de dominio. El reglamento, en sus arts. 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.° y 7.°, aclara quiénes se consideran *autores* de obras, quiénes *traductores, copistas,* etc., y quiénes, por fin, *editores* de obras inéditas. La ley, en el art. 3.° (copiado ya en el comentario al art. 428), declara el derecho de propiedad intelectual á favor de los *autores* de mapas, planos, etc.; de los *compositores* de música, de los artistas sobre sus obras respectivas, y de los *derechohabientes* de éstos (1), reconociendo el art. 4.° el mismo derecho de propiedad en el Estado y en las corporaciones provinciales y municipales, así como en los institutos científicos, literarios ó artísticos, ó de otra clase legalmente establecidos, en cuanto estas colectividades pueden estimarse autores de obras intelectuales, y es lógico y natural que gocen respecto de ellas idénticos derechos á los que gozan los particulares.

Fuera de estas reglas, que tienen un carácter general para determinar las personas á quienes pertenece el derecho de propiedad intelectual, deben señalarse otras especiales respecto de la pertenencia de ciertas obras literarias ó del derecho de ciertos propie-

(1) Véase el art. 8.° del reglamento.

tarios, colocados en condiciones excepcionales. Según tales reglas: 1.°, el autor de un discurso parlamentario, es propietario de él; pero el discurso puede imprimirse sin su permiso ó el de sus derechohabientes en el *Diario de las Sesiones* del Cuerpo colegislador respectivo y en los periódicos políticos (1); 2.°, los propietarios de obras extranjeras lo serán también en España, con sujeción á las leyes de su nación respectiva (2); 3.°, el traductor de una obra que haya entrado en el dominio público tiene la propiedad sólo sobre su traducción (3); 4.°, las *partes* serán propietarias de los escritos que se hayan presentado á su nombre en cualquier pleito ó causa (4); 5.°, los editores de obras anónimas ó pseudónimas tendrán respecto de ellas los mismos derechos que los autores ó traductores sobre las suyas, mientras no se pruebe en forma legal quién es el autor ó traductor omitido ó encubierto (5); y 6.°, los propietarios de los periódicos pueden gozar de los beneficios de la ley respecto de los mismos, presentando al fin del año en el Registro de la propiedad intelectual tres colecciones de los números publicados durante el año (6).

SEGUNDA. *Forma del ejercicio del derecho de propiedad intelectual.*—Una vez determinada la persona á quien pertenece el derecho de propiedad intelectual, es lógico señalar cómo se ejerce éste, en atención: 1.°, á la índole misma de la persona que lo goza; y 2.°, á la índole particular de la obra objeto del referido derecho. En este punto pueden señalarse en nuestra legislación disposiciones de carácter general que envuelven la garantía fundamental del goce del derecho de propiedad intelectual, en sus tres géneros de *literaria, artística* y *dramática,* y disposiciones de carácter especial, relativas á determinadas formas de la propiedad intelectual, sobre todo de la literaria. Completan el sistema de las

(1) Véase el art. 11 de la ley.

(2) Art. 13 de id.

(3) Art. 14 de id.

(4) Art. 16 de id., y 12 del reglamento.

(5) Art. 26 de la ley.

(6) Art. 29 de id., y 15 y siguientes del reglamento.

condiciones bajo que esta propiedad se haya regulada y garantizada, la organización del Registro de la propiedad intelectual, la penalidad particular que la ley impone al que lesione los derechos en la misma reconocidos, y el principio á que se debe someter el régimen internacional de la propiedad de que tratamos.

Principios generales.—La afirmación concreta del derecho de propiedad literaria, la tenemos en la declaración legal, según la cual nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aun para anotarlas, adicionarlas ó mejorar su edición; pero cualquiera podrá publicar como de su exclusiva propiedad comentarios, críticas y notas referentes á las mismas, incluyendo sólo la parte del texto necesaria al objeto. Una afirmación análoga en su alcance se hace respecto de las obras musicales (1). Este derecho de propiedad literaria, según hemos expuesto, arranca, no del derecho de la publicación, sino del de la producción (2).

La afirmación concreta y general de la propiedad artística se hace declarando que la enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor ó á su derechohabiente (3). Además, para poder copiar ó reproducir en las mismas ó en otras dimensiones, y por cualquier medio, las obras de arte originales existentes en los galerías públicas en vida de sus autores, es necesario el previo consentimiento de éstos (4).

Por último, el reconocimiento del derecho de propiedad sobre las obras dramáticas y musicales, se hace y garantiza declarando que no se podrá ejecutar en teatro ni sitio público alguno, en todo

---

(1) Véase el art. 7.º de la ley. Según su párrafo segundo, «si la obra fuese musical, la prohibición se extenderá igualmente á la publicación total ó parcial de las melodías, con acompañamiento ó sin él, trasportadas ó arregladas para otros instrumentos, ó con letra diferente, ó en cualquiera otra forma que no sea la publicada por el autor».

(2) Véase el art. 8.º de la ley.

(3) Art. 9.º de la ley.

(4) Art. 10 de la ley.

ni en parte, ninguna composición dramática ó musical, sin previo permiso del propietario, alcanzando los efectos de esta declaración á las representaciones dadas por sociedades constituídas en cualquier forma en que medie contribución pecuniaria (1).

Las *reglas especiales* refiérense:

1.° A los *discursos parlamentarios,* acerca de los cuales ya hemos dicho en qué forma puede el autor hacer valer su derecho de propiedad.

2.° A las *traducciones.* Si la traducción de una obra se publica por primera vez en país extranjero con el cual haya convenios sobre propiedad intelectual, se atenderá á las estipulaciones para resolver las cuestiones que ocurran, y en lo que por ellas no estuviere resuelto, á lo prescrito en la ley. Esta misma consagra el derecho del autor de una obra extranjera á disponer del de traducción de la misma, pero en los términos de los arts. 13 y 15 de la ley, los cuales establecen el criterio de la reciprocidad internacional (2).

3.° A los *pleitos* y *causas.* Declarado en la forma que hemos visto el derecho de la parte sobre los escritos que á su nombre se hayan presentado en cualquier pleito ó causa, la publicación de los mismos no puede hacerse sino en las condiciones fijadas por los arts. 16 al 18 de la ley (3).

4.° A las *obras anónimas*, en los términos á que ya nos hemos referido antes (4), al fijar á quién pertenecen.

5.° A las *obras póstumas.* Considéranse obras póstumas, además de las no publicadas en vida del autor, las que lo hubieran sido durante ésta, si el mismo autor á su fallecimiento las deja refundidas, adicionadas, anotadas ó corregidas de una manera tal, que merezcan reputarse como nuevas. En caso de contradicción

---

(1) Art. 19 de la ley y tit. 2.° del reglamento. Deben verse también los arts. 20 al 25 de la misma ley.

(2) Arts. 12 al 15 de la ley.

(3) Véanse también los arts. 12 y 13 del reglamento.

(4) Art. 26 de la ley.

ante los tribunales, precederá á la decisión dictamen pericial (1), ajustándose al efecto á las reglas prescritas por la ley de Enjuiciamiento civil (2).

6.° A las *Colecciones legislativas.* Las leyes, decretos, Reales órdenes, reglamentos y demás disposiciones que emanen de los poderes públicos, son para ciertos efectos algo así como de *uso común*, en cuanto pueden insertarse en los periódicos y en otras obras en que por su naturaleza ú objeto convenga citarlos, comentarlos, criticarlos ó copiarlos á la letra; pero este *uso común* tiene una importante limitación, en cuanto que nadie podrá publicarlos *sueltos* ni en colección sin permiso expreso del Gobierno (3).

7.° A los *periódicos*, de que hablamos ya al fijar la persona que puede recabar su propiedad (4). Hay, sin embargo, que hacer algunas aclaraciones, motivadas por el carácter especial de este medio de publicidad. En primer término, la inserción en un periódico de un trabajo, no implica la pérdida de su propiedad para el autor; á no mediar pacto expreso en contrario con el dueño del periódico, el autor ó su derechohabiente, podrá publicarlo en colección separada (5). Además, los escritos y telegramas insertos en publicaciones periódicas podrán ser reproducidos en otras de la misma clase, salvo que en la de origen se haya declarado que no se permite la reproducción. La publicación que copiare el escrito, deberá indicar siempre la procedencia (6).

8.° Al *derecho de colección.* El autor ó traductor de diversas obras científicas, literarias y artísticas, puede publicarlas todas ó varias de ellas en colección, aunque las hubiese enajenado parcialmente. El autor de discursos leídos en las Academias Reales ó en cualquiera otra corporación, puede publicarlos en colección ó separadamente. Gozan los académicos de igual facultad con respecto

(1) Art. 27 de la ley.
(2) Art. 10 del reglamento.
(3) Arts. 28 de la ley y 14 del reglamento.
(4) Arts. 29 de ley y 15 y siguientes del reglamento.
(5) Art. 30 de la ley.
(6) Arts. 31 de la ley y 18 y 19 del reglamento:

á los demás escritos redactados con anuencia ó por encargo de dichas Academias, excepto aquéllos que á éstas pertenecen indefinidamente, como destinados á la enseñanza especial y constante de su respectivo instituto (1).

El Registro de la propiedad intelectual.—Del propio modo que para aseverar la existencia de la personalidad y de los actos capitales de ésta en el orden civil, hay el Registro civil, y para precisar, definir y garantir exteriormente la propiedad inmueble, hay el Registro de la propiedad, para determinar la persona y condiciones de los *propietarios* (autores, editores, etc.) de obras científicas, literarias y algunas artísticas, existe el *Registro de la propiedad intelectual.* Este *Registro* se halla establecido en el Ministerio de Fomento y en las capitales de provincia (2). El Registro exige por parte del propietario de una obra determinados requisitos, al efecto de realizar la inscripción (3). Esta inscripción es gratuita (4) y necesaria para gozar de los beneficios de la ley (5). En el Registro se anotarán las modificaciones todas que afecten á la propiedad intelectual (6). Al efecto, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 9.° de la ley, «toda transmisión de la propiedad intelectual, cualquiera que sea su importancia, deberá hacerse constar en documento público, que se inscribirá en el correspondiente registro, sin cuyo requisito el adquirente no gozará de los beneficios de la ley». Los cuadros, estatuas, bajos y altos relieves, modelos de arquitectura ó topografía, y en general, todas las obras del arte pictórico, escultural ó plástico, quedan excluídas de la obligación del Registro y del depósito que el Registro exige de determinado número de ejemplares (7).

(1) Arts. 32 de la ley y 20 y 21 del reglamento.

(2) Art. 33 de la ley.

(3) Arts. 34 de la ley, y 22 y 23 del reglamento.

(4) Art. 35 de la ley.

(5) Art. 36 de id.

(6) Art. 24 del reglamento.

(7) Art. 37 de la ley. Más detalles deben verse en los arts. 25 al 30 del reglamento.

Derecho internacional.—La ley, como ya hemos visto, inspírase, para el arreglo de las relaciones internacionales, en el criterio de la reciprocidad. Vese esto aun más claro, cuando dispone que los naturales de Estados cuya legislación reconozca á los españoles los derechos de propiedad intelectual en los términos que ella establece, gozarán en Espaüa de los derechos que la misma concede, sin necesidad de tratado ni de gestión diplomática, mediante acción privada, deducida ante juez competente (1). La ley, además, declara que las reglas á que debe ajustarse el Gobierno en la celebración de los convenios internacionales, son: 1.ª, completa reciprocidad entre las partes, y 2.ª, obligación de tratarse mutuamente como á la nación más favorecida (2).

Penalidad especial.—Refiérese ésta: 1.º, á la determinación de quién es responsable de la defraudación de la propiedad intelectual; lo es, en primer término, el que aparezca como autor de ella, y en su defecto y sucesivamente, el editor y el impresor, salvo prueba de inculpabilidad (3); 2.º, á las penas que los defraudadores de dicha propiedad deben sufrir, además de las que fija el art. 552 del Código penal, son aquéllas pérdida de los ejemplares ilegalmente publicados y entrega de éstos al defraudado (4); 3.º, á la determinación de aquellos á quienes es aplicable la penalidad común y especial (5); 4.º, al señalamiento de las circunstancias agravantes de la defraudación (6), y 5.º, á las autoridades competentes para entender en la defensa del derecho de propiedad intelectual (7).

TERCERA. *Tiempo de la duración del derecho de propiedad intelectual.*—He aquí, sin duda, el punto más especial y característico de la propiedad intelectual. Ya hemos dicho al determinar el fundamento y señalar las formas positivas de la propiedad de que trata-

(1) Art. 50 de la ley.
(2) Art. 51 de id.
(3) Art. 45 de id.
(4) Art. 46 de la ley.
(5) Art. 47 de id.
(6) Art. 48 de id.
(7) Art. 49 de id.

mos, que la mayoría de las legislaciones modernas vigentes se caracterizan, en cuanto á la definición del derecho del autor, por la limitación del tiempo durante el cual tal derecho se reconoce en el mismo autor ó en sus derechohabientes. Ahora bien: esta limitación, en términos generales, la fija nuestra ley, concediendo la propiedad intelectual á los autores durante su vida, la cual propiedad se transmite á sus herederos testamentarios ó legítimos por término de ochenta años. La ley declara que la propiedad intelectual es también transmisible por actos entrevivos, y que en su caso corresponderá á los adquirentes durante la vida del autor, y ochenta años después del fallecimiento de éste, si no deja herederos forzosos; porque si los deja, en virtud de una singularidad verdaderamente inexplicable de la ley, el derecho de los adquirentes terminará veinticinco años después de la muerte del autor, y pasará la propiedad á los referidos herederos forzosos, por término de cincuenta y cinco años (1).

Fuera de esta limitación general, pueden señalarse otras limitaciones especiales, relativas al término de la propiedad intelectual, contenidas en diferentes artículos de la ley. Así, por ejemplo, según el art. 70 de la repetida ley, para poder copiar ó reproducir las obras de arte originales existentes en galerías públicas, sólo existe la cortapisa del previo permiso del autor, mientras éste viva. Hay además el régimen particular de las traducciones, al tenor de los artículos 12, 13, 14 y 15, de que ya hemos hablado. Hay también términos especiales resultantes de las reglas de caducidad. Según estas reglas, toda obra no inscrita en el Registro de la propiedad intelectual, podrá ser reimpresa por el Estado, las corporaciones ó los particulares, durante diez años, á contar desde el día en que terminó el derecho de inscripción. Si pasase un año más de los diez sin que el autor ó sus derechohabientes inscriban la obra en el Registro, entrará ésta definitiva y absolutamente en el dominio público (2). Las obras no publicadas de nuevo por su propietario durante veinte años, pasarán al dominio público, y el Estado, las

(1) Art. 6.° de la ley.

(2) Arts. 38 y 39 de la ley.

corporaciones científicas ó las particulares podrán reproducirlas sin alterarlas; pero no podrá nadie oponerse á que otro también las reproduzca (1). Realmente, el legislador aquí viene á desconocer de un modo abierto é injustificado el derecho de propiedad intelectual; en un caso da la ley un valor excesivo á la simple formalidad de la inscripción, que de ningún modo debía ser origen del derecho del autor ó propietario, sino simple garantía en favor de la certeza del derecho de éstos, y en el otro desconoce la facultad que en todo caso debe tener el autor para publicar ó no publicar su obra. Si antes de la primera impresión de aquéllos pudo el autor reservarla y no darla á luz, no se alcanza por qué, pasados los veinte años de que habla la ley, se le ha de exigir, ó la declaración expresa de que no quiere que la obra se reimprima y publique de nuevo (2), ó la prueba de que durante dicho período de veinte años ha tenido ejemplares de la obra de que se trata á la venta pública (3).

Tales son las limitaciones más importantes impuestas al derecho de propiedad intelectual en cuanto á su duración. Otras se pueden señalar todavía en este mismo respecto de la duración: son aquellas que resultan de los diferentes tratados y convenios internacionales citados ya en su lugar oportuno.

*
* *

Una vez indicado todo lo que de especial tiene el régimen de la propiedad intelectual, nada nos resta que añadir acerca de sus formas literaria, dramática y artística, pues según el art. 429 que comentamos, en todo lo demás dicha propiedad está sometida á las disposiciones del Código referentes á la propiedad en general.

---

(1) Art. 40 de íd.

(2) Art. 44 de la ley.

(3) Art. 41 de la ley, párrafo 2.° Véanse también los arts. 41 y 42 de la misma ley.

LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

I

Concepto y carácter de la propiedad industrial.

Ya al comentar los arts. 428 y 429 del Código civil se hizo notar que los redactores de éste interpretaron la base 10 de la ley de 11 de Mayo de 1888 en un sentido literal restrictivo, en virtud del cual no consideraron oportuno incluir el concepto especial de la propiedad industrial, deduciendo de la ley vigente acerca de la materia lo que pudiera estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos. ¿Qué razón habrán tenido los legisladores para proceder de esa manera? Desde luego no pueden admitirse ciertas razones de carácter filosófico y sistemático, fundadas en la naturaleza *sui generis* de la propiedad industrial, toda vez que, dado nuestro criterio, la propiedad industrial es una rama ó clase de la propiedad intelectual, al lado de las propiedades literaria, dramática y artística. Las razones que habrán tenido presentes los redactores del Código civil para proceder como procedieron, nos parece que han debido ser de índole puramente circunstancial. De un lado debió influir mucho la misma forma con que la citada base 10 está redactada. La base 10 cita expresamente como propiedades especiales, cuyas leyes deben ser respetadas, pero de las cuales el Código tiene que ocuparse, las aguas, las minas, y las *producciones científicas*, *literarias y artísticas*, y nada dice de las producciones (inventos) industriales. Verdad es que la base 10 no parece que tiene un alcance *taxativo*, sino más bien *demostrativo*, toda vez que al referirse á las aguas y demás, dice «como las aguas, etc.» pero, realmente, la facilidad con que se hubiera podido añadir «la propiedad industrial», explica que cupiera, sin violentar nada, la interpretación dada por los redactores del Código civil á la mente del legislador.

Hay además otros motivos que, si no justifican lo que muchos

conceptúan una deficiencia del Código, al menos la explican. Las producciones científicas, literarias y artísticas, de que habla la base 10, constituyen el objeto que en nuestra legislación anterior al Código se comprende bajo el concepto genérico de *propiedad intelectual,* según hemos podido ver al comentar los arts. 428 y 429. La propiedad industrial no está incluída en la ley que rige la precitada propiedad intelectual. Su misma ley, por los antecedentes históricos, por el alcance que prácticamente se le da, por la índole misma de los asuntos que trata, por las expresiones que emplea (ley sobre concesión de patentes de invención), parece tener un carácter especial, mixto de *mercantil* y *administrativo.* Los redactores del Código, entre romper abiertamente con este criterio casi tradicional para recoger lo que de *civil* tiene de un modo indudable la ley sobre patentes, é introducirlo en los términos vagos de los arts. 428 y 429, y dejar las cosas como están, respetando la separación y distinción de los conceptos legales de la propiedad intelectual (científica, literaria y artística) y de la propiedad industrial, prefirieron esto último.

No creemos oportuno censurar la conducta observada por los redactores del Código civil: parécenos que hay en todo ello una cuestión de oportunidad, pero aunque sea respetando la opinión del legislador y de sus intérpretes más directos, creemos de absoluta necesidad completar el comentario á las disposiciones referentes á la propiedad intelectual con breves indicaciones crítico-expositivas, acerca de este miembro importantísimo de la misma, que se denomina *propiedad industrial.*



En nuestro concepto, según ya queda apuntado, la propiedad industrial, como propiedad, tiene un carácter esencialmente *civil,* aunque en sus resultados revista una importancia mercantil, y entrañe la regulación de los mismos *trámites* de índole *administrativa.* «El fundamento, dice el Sr. Sánchez Román, de la propiedad industrial es análogo al de la intelectual, y su legitimidad es tan manifiesta en ambas, como en la propiedad común sobre cual-

quiera clase de bienes materiales» (1). «Bastará, dice muy oportunamente Spencer, un cambio en los terminos, para aplicar á los *inventos* (objeto, como veremos, de la propiedad industrial) lo que se dice de los libros y de las obras de arte. Imaginando una combinación mecánica nueva ó parcialmente nueva con carácter de utilización práctica, inventando cualquier procedimiento diferente ó mejor que los procedimientos conocidos, el *inventor* (sujeto de la propiedad industrial) hace de las ideas, de los útiles, de los materiales, de los procedimientos conocidos, un uso que está al alcance de todo el mundo, y no restringe en nada la libertad de acción de nadie. Puede, por tanto, sin traspasar los límites prescritos, pretender el goce exclusivo de su invento; y si divulga su secreto, no atenta contra ningún semejante imponiendo las condiciones bajo que permite utilizarlo. Por el contrario, quien haya aceptado esas condiciones, violará la ley de libertad utilizando el invento, porque se apropiará un producto del trabajo mental del inventor, sin permitir á éste apropiarse un producto equivalente de su trabajo ó la posesión de otro equivalente cualquiera» (2).

Parécenos esta argumentación indiscutible. Sea cual fuere la forma burocrática con que se garantice la propiedad industrial, y aunque sea bajo el nombre de privilegios de invención—nombre tan ocasionado á error, pues nada hay aquí de *privilegio,*—lo que dicha propiedad entraña es la relación económica, contenido de toda propiedad, en virtud de la cual el hombre procura obtener, mediante su creciente dominio sobre la naturaleza, todos los beneficios y aprovechamientos de que aquélla es susceptible; beneficios y aprovechamientos que, una vez lanzados á la circulación, deben ser objeto de relaciones de utilidad por parte de quien los hubiese producido (3). Es difícil, sin duda, la determinación concreta del objeto inmediato (servicio) y mediato (el invento en sí) de esta propiedad, y también lo es señalar cómo y hasta dónde debe llegar la

(1) Obra citada, tomo 3.°, pág. 357.

(2) *La Justicia*, pág. 153 de la trad. esp.

(3) Véase Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention.*

garantía legal en pro del inventor; pero á pesar de esto, que luego trataremos, desde el punto de vista de la ley vigente, no puede desconocerse el fundamento racional de esta forma de la propiedad intelectual, que, como advierte el civilista citado más arriba, «no se opone á la libertad de la industria (1), puesto que no se refiere á los *artículos* que producen, sino á los procedimientos fabriles que se emplean para su producción» (2).

II

Antecedentes histórico-legales.

De las diferentes formas que la propiedad reviste por razón de su objeto, la industrial es una de las que más modernamente han alcanzado un reconocimiento y una garantía legales, tanto en España como fuera de España. Se comprende esto con sólo atender á la naturaleza de su contenido, los procedimientos industriales, y con recordar la condición bajo que toda industria vivió hasta que en la edad moderna alcanzó su gran desarrollo, y con él una diferenciación y especificación que son una de las bases principales del actual estado social. En los momentos de las industrias rudimentarias, mientras la industria fué ocupación poco noble, indigna del ciudadano, y cuando la industria alcanzó su forma colectiva, gremial, no podía desarrollarse el concepto individualista, liberal y elevado del invento, como medio (propiedad) de goce privativo del individuo, merecedor de una protección por parte del Estado.

La primera, y en cierto modo más rudimentaria manifestación de la *individualización* de la propiedad industrial, fué, sin duda, la de las *marcas, emblemas de talleres*, etc., esto es, de aquellos *signos* exteriores de especialización de la industria en favor del individuo. No se trata aún del invento industrial. La concepción de

(1) Con razón dice el Sr. Pella y Forgas, que la propiedad industrial es la mejor protección de la industria. (Véase su interesante libro sobre las *Patentes de invención y derechos del inventor*, Introducción).

(2) Obra citada, tomo 3.º, pág. 358.

éste como propiedad del inventor viene más tarde, y, como advierte el Sr. Pella y Forgas, bajo la forma del privilegio, que con dificultad y de un modo gracioso se otorgaba por el rey. «En la historia de Francia, escribe el citado jurisconsulto, se citan ejemplos raros de semejantes privilegios: en 1551 otorgóse á un italiano privilegio para fabricar en Francia, vasos, espejos y toda suerte de cristales como los de Venecia; otra concesión parecida existe de 1597...» (1). La tendencia más dominante en España encaminábase á conceder los privilegios protectores á las corporaciones industriales con preferencia á los particulares.

Es preciso llegar al siglo XVII para encontrar un precedente directo de las legislaciones modernas sobre propiedad industrial. En efecto, «Inglaterra, que es la primera que se ocupa en esta materia, no lo hace hasta 1623: estaba ya á punto de terminar el siglo pasado cuando sobre ella legislaron Francia (1791) y los Estados Unidos (1793), y ha sido ya en el actual cuando en todas partes se dió una garantía á los autores de las invenciones, como lo hizo Rusia (1812), Bélgica y Holanda (1817), Austria (1820)...» (2). En España la historia legal es, en concepto del Sr. Sánchez Román, en extremo diminuta y contemporánea (3). Citan este señor y el Sr. Azcárate (4), como primera fuente legal, el Real decreto de 27 de Marzo de 1826, primera disposición que también señala como tal el Sr. Alcubilla (5); pero siguiendo las luces del Sr. Pella y Forgas (6), creemos cabe señalar como disposiciones antecedentes de esta importante materia, una Real cédula de 9 de Noviembre de 1786, que «estuvo á dos dedos de la verdadera propiedad industrial», y sobre todo, la ley de 1820, expresión de las ideas progresistas de la época, y la cual naufragó, como

(1) Obra citada, pág. 34.
(2) Azcárate, obra citada, tomo 2.°, pág. 315.
(3) Obra citada, tomo 3.°, pág. 358.
(4) Idem íd., tomo 2.°, pág. 315.
(5) *Diccionario de Administración.*
(6) Obra citada, págs. 35-40.

todo lo de aquel régimen de los tres *mal llamados años*, con la reacción absolutista de 1823.

Fuera de esto, sin duda, la ordenación, normal ya, de la propiedad de la industria se ha de considerar á partir del Real decreto de 1826, siendo disposiciones que deben citarse posteriormente, los Reales decretos de 23 de Diciembre de 1829, 11 de Enero de 1849 y 31 de Julio de 1868, y orden de 20 de Diciembre de 1871, siendo el derecho positivo vigente la ley de 30 de Julio de 1878, cuyo art. 59 ha declarado derogadas todas las disposiciones legales anteriores.

III

De los inventos y de las patentes.

Sintetizando las diferentes cuestiones que desde el punto de vista civil pueden interesarnos con relación á la propiedad industrial, podemos reducirlas á las siguientes: 1.ª, *los inventos y las patentes,* es decir, determinación del contenido de esta propiedad y de la forma legal con que alcanza una consagración expresa y una garantía efectiva; 2.ª, *derechos del inventor;* esto es, extensión, condiciones de la propiedad industrial que las patentes reconocen sobre los inventos; y 3.ª, *término de las patentes,* ó sea, fin de la propiedad industrial, ó bien del provecho que las patentes garantizan.

La definición del *invento,* en general, préstase á disquisiciones filosóficas muy interesantes y de un alcance sociológico que traspasa los límites en que el derecho puede considerarlo. El invento es la forma bajo que se realiza el progreso en todos los órdenes. Un sociólogo ilustre, Tarde, en obras muy importantes ha llegado á considerar la *invención,* que luego se propaga por *imitación,* como una de las ideas capitales para una concepción sistemática de las sociedades (1). Pero, repetimos, que no toma el invento de esta manera el derecho, y menos puede estimarse con tan alta transcendencia y

---

(1) Véase Tarde, *Les lois de l'imitation.—La logique sociale.—Las transformaciones del derecho.*

amplitud el invento que puede ser objeto de la propiedad industrial. Por eso prescindiremos de estudiarlo, al efecto de encontrar una definición general del mismo (1). En realidad, lo que al jurisconsulto importa, no es el concepto *filosófico* del invento, ni su concepto *vulgar*, sino el *legal*, es decir, el de aquel invento que determina en quien lo produce el derecho de goce y disfrute que la ley de 1878, vigente, regula y garantiza.

Ahora bien: para fijar este concepto legal del invento, es preciso atender á los arts. 3.°, 5.° y 9.° de la expresada ley, combinando sus preceptos, y teniendo en cuenta los arts. 1.° y 2.° de la misma, que son los supuestos capitales de cuanto en la ley se establece acerca de la propiedad industrial. En efecto, en el art. 1.° se asienta el principio en que se reconoce el derecho que esta propiedad supone y que dicha ley regula. Según el referido artículo, «todo español ó extranjero que pueda establecer ó haya establecido en los dominios españoles una industria *nueva en los mismos,* tendrá derecho á la *explotación exclusiva* de su industria *durante cierto número de años*, bajo las reglas y condiciones que se previenen en esta ley». Esto es: 1.°, derecho reconocido en español ó extranjero; 2.°, *sobre* industria *nueva*, *en los dominios españoles;* 3.°, que consiste en la *explotación exclusiva* de dicha industria, y 4.°, por un tiempo *limitado.* En el art. 2.° se previene cómo es posible obtener el goce de la propiedad industrial: «el derecho de que habla el artículo anterior, dice, *se adquiere* obteniendo del Gobierno *una patente de invención*».

Pero era necesario aclarar más de lo que el art. 1.° lo hace, lo que debe entenderse en el término genérico y vago de *industria nueva*, y esto es lo que se verifica por los artículos 3.° y 5.° de un modo positivo, y por el 9.° de un modo negativo ó por exclusión; así, en rigor, la determinación del concepto legal del invento es obra de los referidos artículos. Según el art. 3.°, los inventos, objeto de la propiedad industrial (inventos que pueden ser objeto de patentes), son de dos clases: en la primera se comprende con el ca-

(1) Renouad, *Traité des brevets d'invention*, cap. 1.°

rácter general de instrumentos ó medios de producción, «las máquinas, aparatos, instrumentos, procedimientos ú operaciones mecánicas ó químicas que, *en todo ó en parte*, de propia invención y nuevas, ó que, sin estas condiciones, no se hallen establecidas ó practicadas del mismo modo y forma en los dominios españoles»; en la segunda, con el carácter genérico también de productos ó efectos elaborados, «los productos ó resultados industriales nuevos, obtenidos por medios *nuevos ó conocidos*, siempre que su explotación venga á establecer un ramo de industria en el país». «Se considera nuevo, para los efectos del art. 3.º (el copiado), lo que no es conocido ó practicado en los dominios españoles ni en el extranjero».

La aplicación práctica del art. 3.º entraña algunas dificultades que en parte se salvan teniendo en cuenta lo que se dispone en el art. 9.º, el cual, según ya dejamos dicho, define por exclusión el invento objeto de la propiedad industrial. Así, no tienen este carácter, y por tanto, «no pueden ser objeto de patente: 1.º, el resultado ó producto de las máquinas, aparatos, instrumentos, procedimientos ú operaciones de que se trata en el párrafo primero del art. 3.º, á no ser que estén comprendidos en el párrafo 2.º del mismo artículo»; es decir, que si por medio de los instrumentos de producción nuevos, según las condiciones del referido párrafo primero del art. 3.º, se producen efectos industriales *no nuevos* ó que no establezcan un ramo de industria en el país, tales efectos no pueden ser objeto de patente, fundándose en la novedad del instrumento de producción. De ahí la necesidad de distinguir siempre, entre los dos grupos de *inventos* de que la ley habla, en cuanto la patente que se obtenga sólo puede recaer sobre el instrumento ó sobre el producto, cuando uno ú otro, ó ambos (según los casos), reunan las condiciones exigidas por el art. 3.º en sus dos diferentes párrafos.

El art. 9.º excluye del concepto legal de inventos que pueden ser objeto de patente, además de los indicados:... «2.º, el uso de los productos naturales; 3.º, los principios ó descubrimientos científicos, mientras permanezcan en la esfera de lo especulativo y no lleguen á traducirse en máquinas, aparatos, instrumentos, proce-

dimiento ú operación mecánica ó química de *carácter industrial*; 4.º, las preparaciones farmacéuticas ó medicamentos de todas clases; y 5.º, los planes ó combinaciones de crédito ó de Hacienda».

No ofrece la jurisprudencia española del Tribunal Supremo elementos aclaratorios de importancia para resolver con sus luces las cuestiones que la aplicación simple ó combinada de los artículos citados pueda provocar. Realmente, las más capitales dificultades que estos artículos suscitan en las relaciones jurídico-sociales que regulan, son cuestiones de prueba, y sabido es que, acerca de la apreciación de la prueba, el Tribunal Supremo no tiene generalmente competencia. Así, declarada la nulidad de cierta patente de un molino yesero, por resultar de las pruebas practicadas que éste era igual á los comunes y que se diferenciaba de ellos sólo en el cono distribuidor, se interpuso recurso contra la sentencia que disponía lo que indicamos; pero el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de Febrero de 1886, denegó el recurso, considerando que contra la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora no se alegó error de hecho ni de derecho; doctrina confirmada por sentencia del mismo Tribunal, de 3 de Enero de 1891 (1).

Por lo demás, ciertas dificultades que la determinación de la naturaleza y condiciones del invento ha de tener, se vencen con sólo tener en cuenta el espíritu y letra de los artículos relativos á las patentes, y de que ahora vamos á hablar.

Ya se ha dicho que para gozar de la propiedad de un invento, según las reglas de la ley, es preciso obtener del Gobierno la patente de invención.

Pero, ¿qué es una patente? La ley no lo define: indica sus efectos, de los cuales debe inferirse lo que es. Según el Diccionario de la Academia, *patente*, del latino *patens patentis*, del verbo *patere*, (estar descubierto ó manifiesto), es: «Título ó despacho real para el goce de un empleo ó privilegio» *(letras patentes)*. La idea se com-

(1) Véase también otra sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de Diciembre de 1890.

prende. Por la patente se *pone de manifiesto*, en virtud de trámites administrativos, que un interesado es el inventor de uno de los objetos que comprende el art. 3.°, gozando, en su virtud, del derecho que la ley concede á quien la obtiene. El Sr. Pella y Forgas define la patente de invención, según se infiere de los arts. 1.° y 2.° de la ley, como «el título expedido por el Gobierno de la nación, para tener derecho á la explotación de un invento industrial durante cierto número de años» (1).

Las reglas más generales que, al tenor de la ley, pueden formularse para definir la patente, son las siguientes: 1.°, las patentes se otorgan por el Gobierno (art. 2.°), mediante los trámites y formalidades de carácter administrativo á que el tít. 3.° de la ley se refiere (2), y el abono en papel de pagos al Estado de una cuota anual y progresiva, en la forma que establece el art. 13 (3); 2.°, la patente de invención puede ser concedida á un solo individuo ó á varios, ó á una sociedad, sean nacionales ó extranjeros (art. 7.° de la ley); 3.°, toda patente se considerará concedida, no sólo para la Península é islas adyacentes, sino para las provincias de Ultramar (art. 8.° de la ley).

La explicación de las patentes puede dar lugar, y ha dado en la práctica, á cuestiones, especialmente sobre el alcance de las mismas. Sin embargo, hállase este alcance más definido por algunos artículos de la ley. Refiriéndose ésta á las patentes sobre productos ó resultados (párrafo segundo del art. 3.°), dice que «no serán obstáculo para que puedan recaer sobre los objetos á que se refiere el párrafo primero (del mismo art. 3.°), aplicados á obtener los mismos productos ó resultados» (art. 4.°). Es decir, que en beneficio

---

(1) Obra citada, pág. 19.

(2) No insertamos aquí el título que se cita, porque sus disposiciones tienen un carácter de trámite administrativo.

(3) Las cuotas son: «de 10 pesetas el primer año; 20 pesetas el segundo; 30 pesetas el tercero, y así sucesivamente hasta el quinto, décimo ó vigésimo año en que la cuota será respectivamente, de 50, 100 y 200 pesetas». Según el el art. 14, estas cuotas se pagan anticipadas y en ningún caso serán dispensadas.

de la libertad y del progreso industriales, no quiere la ley que la invención de un producto sea obstáculo para los adelantos en la maquinaria y procedimiento para elaborarlo.

Respecto del valor de la patente, como título justificante del fundamento con que el inventor que la solicita y obtiene ejerza su *monopolio* temporal, la ley dice en su art. 11, que «las patentes de invención se expedirán sin previo examen de novedad y utilidad; no deben considerarse, por tanto, en ningún caso como declaración de novedad ni de utilidad del objeto sobre que recaen. Las calificaciones de esta naturaleza corresponden al interesado, quien las hará bajo su responsabilidad, quedando sujeto á las resultas, con arreglo á lo que se previene en esta ley». Así ocurre que el interesado, es decir, el que solicitó la patente, es quien, al tenor del artículo 19, fija (1) el carácter de lo *nuevo ó de propia invención*, sobre que la patente debe recaer, limitándose el Director del Conservatorio de Artes, en este punto, á informar «si el objeto de la patente está comprendido en alguno de los casos del art. 9.°» (2), y expidiéndose el título con el encabezamiento que determina el artículo 23, concebido en estos términos: «Patente de invención, sin la garantía del Gobierno en cuanto á la novedad, conveniencia ó utilidad del objeto sobre que recae.»

La consecuencia de estas disposiciones legales sobre el valor de la patente como título del inventor, son varias. Las fija en primer lugar el art 43. Son nulas, según este artículo, las patentes de in-

(1) Aparte otras exigencias de trámite, el art. 15, en su núm. 2.°, pide al interesado que presente con la solicitud al Ministerio de Fomento, «una memoria, por duplicado, en la que se describa la máquina, aparato, instrumento, procedimiento ú operación mecánica ó química que motiva la patente; todo con la mayor claridad, á fin de que en ningún tiempo pueda haber duda acerca del objeto ó particularidad que se presenta como nuevo ó de propia invención, ó como no practicado ó establecido del mismo modo y forma en el país. Al pie de la memoria se extenderá una nota que exprese *clara, distinta y concisamente* cuál es la *parte, pieza, movimiento, mecanismo, operación, procedimiento ó materia* que se presente para que sea objeto de la patente. Esta recaerá tan sólo sobre el contenido de dicha nota».

(2) Véase el art. 20, núm. 3.°

vención: «1.º, cuando se justifique que no son ciertas respecto del objeto de la patente las circunstancias de propia invención y novedad, la de no hallarse establecido ó practicado del mismo modo y forma en sus condiciones esenciales dentro de los dominios españoles, ó cualquiera otra que aleguen como fundamento de su solicitud...; 3.º, cuando el objeto sobre el cual se haya pedido la patente sea distinto del que se realiza por virtud de la misma».

Además, contra la validez de las patentes, en el respecto en que nos ocupamos, cabe el recurso ó la acción deducida ante los Tribunales de justicia (1), y así ocurre que son bastantes los casos prácticos debatidos ante los Tribunales sobre si el objeto de la patente es nuevo y si se trata ó no de materia conocida. El Tribunal Supremo, en sentencias de 3 de Enero, 28 de Abril y 4 de Noviembre de 1891, ha sentado la doctrina, conforme al espíritu y letra de la ley, de que es preciso probar la novedad del invento, y de que, cuando no se prueba dicha novedad, la patente es nula; resolviendo en alguna ocasión (sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo, de 18 de Febrero de 1886) la nulidad de otra patente, porque concedida para todo un artefacto—un molino yesero,—lo nuevo de éste se reducía al cono distribuidor.

IV

Derechos del inventor.

Definido el objeto de la propiedad industrial, el *invento,* reconocido éste como obra del inventor y garantida su propiedad por la expedición de la patente, es necesario fijar el carácter, extensión y condiciones de esa propiedad, ó sea, los *derechos del inventor*. Sintéticamente, los derechos del inventor se resumen en el de la propiedad del invento, con aquellas limitaciones que la naturaleza especial de su objeto imponen. No trae la ley declaración alguna terminante y explícita de la *propiedad industrial* del inventor; pero, aparte de que no hace falta, pues sin ella dicha propiedad tiene el

(1) Véase el art. 44 de la ley.

fundamento racional que en su lugar indicamos, infiérese de la ley toda, empezando por el art. 1.º, que habla del goce exclusivo del invento á favor del inventor, siguiendo por las declaraciones del art. 6.º, desenvueltas en el tít. 6.º, y relativas al alcance de ese goce exclusivo, y acabando por las garantías contenidas en el título 9.º Por otra parte, el Tribunal Supremo de Justicia, antes ya de publicarse la ley de 1878, había establecido, en sentencia de la Sala 4.ª y en pleito contencioso-administrativo, fecha 26 de Diciembre de 1872, que los privilegios de invención constituyen á favor del privilegiado una verdadera propiedad, bajo la garantía de los tribunales de justicia (1); afirmación ésta que se halla implícita en el art. 44 de la ley vigente.

Analizando ahora el contenido de los derechos del inventor, al tenor de las disposiciones legales ya citadas y de otras más, podemos decir que aquéllos son los siguientes:

1.º *Derecho de explotación exclusiva* del invento, si bien por cierto número de años (art. 1.º), y supuesta la obtención de la patente, no siendo preciso que el inventor explote el invento, sólo desde el momento en que la patente hubiera sido expedida, pues la ley habla de industria que se haya establecido ó se pretenda establecer; lo que hay es que la protección legal no se goza sino con la patente. La explotación de los inventos entraña el derecho al uso de los objetos que los constituyen y de su reproducción y venta. Por otra parte dicha explotación tiene que verificarse con las condiciones que fijan los artículos 38 y otros, pero especialmente el primero, según el cual, «el poseedor de una patente de invención ó de un certificado de adición, está obligado á acreditar ante el Director del Conservatorio de Artes, y dentro del término de dos años, contados desde la fecha de la patente ó del certificado, que se ha puesto en práctica en los dominios españoles, estableciendo una nueva industria en el país. El plazo de dos años dentro del cual ha

(1) Según la sentencia á que nos referimos en el texto, los privilegios de invención confieren á quien los obtiene una verdadera propiedad bajo la garantía de los Tribunales de justicia, y los que estén en el goce de ellos no pueden ser desposeídos sino en virtud de sentencia judicial.

de acreditarse esta práctica, sólo podrá prorrogarse en virtud de una ley, por justa causa y por un plazo que no podrá pasar de seis meses» (1). Además, debe tenerse en cuenta que la patente de invención caduca, según el art. 46, párrafo 1.°, «cuando haya transcurrido el tiempo señalado en la concesión», y según el párrafo 4.°, «cuando el poseedor haya dejado de explotarla durante un año y un día, á no ser que justifique causa de fuerza mayor».

2.° *Derecho de cesión,* con la amplitud con que lo reconoce el art. 6.°, según el cual, «el derecho que confiere la patente de invención, ó en su caso el que se derive del expediente incoado para obtenerla, podrá transmitirse en todo ó en parte por cualquiera de los medios establecidos por nuestras leyes respecto á la propiedad particular». Es decir, que el inventor puede disponer á título gratuito ú oneroso, por actos entre vivos ó *mortis causa,* no sólo del invento, con su goce exclusivo (la patente), sino que tiene el derecho que emana de la solicitud presentada para obtener su título de propiedad. La ley (tít. 6.°), sin embargo, dispone alguna cosa acerca de las formalidades con que debe hacerse la cesión ó transmisión del derecho que confirma la patente. «Toda cesión total ó parcial, dice el art. 32, del derecho que confiere una patente de invención ó un certificado de adición, sea á título gratuito ú oneroso, y cualquier otro acto que envuelva modificación del primitivo derecho, se hará indispensablemente por instrumento público, en el cual se testimoniará una certificación del Secretario del Conservatorio de Artes, visada por el Director, en la que se haga constar que está al corriente en el pago de las cuotas fijadas en esta ley, y que el cedente es dueño de la patente ó del certificado de adición, según las anotaciones del registro de toma de razón», y añade el 33, «ningún acto de cesión, ó cualquier otro que envuelva modificación del derecho, podrá perjudicar á un tercero si no ha sido registrado en la secretaría del gobierno civil de la provincia donde se hizo la primera adición» (2).

---

(1) Véanse los arts. 39 al 42 de la ley, ambos inclusive.

(2) Véanse también los arts. 34 á 37.

3.° *Derecho de modificar el invento.* Según el art. 29, «el poseedor de una patente de invención, ó su causahabiente, tendrá durante el tiempo de la concesión derecho á hacer en el objeto de la misma los cambios, modificaciones ó adiciones que crea convenientes, con preferencia á cualquier otro que simultáneamente solicite patente para el objeto sobre que verse el cambio» (1). Según el art. 31, «el certificado de adición es un accesorio de la patente principal, y produce desde la fecha respectiva de la solicitud y de la concesión los mismos efectos que ella. El tiempo hábil para explotar el certificado de adición termina al mismo tiempo que el de la patente principal».

4.° *Derecho de defensa del invento.* Compréndese éste en las garantías que la ley concede contra la usurpación y falsificación de la patente, y en las penas que se imponen á los usurpadores y falsificadores. «Son usurpadores de patentes, al tenor del art. 49, *los que, con conocimiento de la existencia del privilegio,* atentan á los derechos del legítimo poseedor, ya fabricando, ya ejecutando por los mismos medios lo que es objeto de la patente. Son cómplices los que, *á sabiendas,* contribuyen á la fabricación, ejecución y venta ó expedición de los productos obtenidos del objeto de la patente usurpada». Puede citarse como doctrina aclaratoria de los preceptos de la ley acerca de la falsificación de patentes, la contenida en varias sentencias del Tribunal Supremo, especialmente las de 12 de Diciembre de 1890, 30 de Septiembre de 1891 y 23 de Diciembre de 1892, por las que se establece que el delito de que se trata puede cometerse por imprudencia temeraria.

V

Término de las patentes.

La propiedad industrial, ó sea los derechos que la ley reconoce y garantiza al inventor, tiene un término fijo, al modo de la lite-

(1) Véase el art. 30.

raria y artística: este término se halla señalado por la duración *natural* de las patentes. No existe para el caso una completa uniformidad.

Según el art. 12, la duración de las patentes de invención será de veinte años improrrogables, si son para objetos de propia invención y nuevos. La duración de las patentes para todo lo que no sea de propia invención, ó que, aun siéndolo, no sea nuevo, será tan sólo de cinco años improrrogables. Se concederá, no obstante, por diez años para todo objeto de propia invención, aun cuando el inventor haya adquirido patente sobre el mismo objeto en uno ó más países extranjeros, siempre que lo solicitare en España antes de terminar el plazo de dos años, contando desde que obtuvo la primitiva patente extranjera.

Además de este término natural de las patentes, pueden éstas extinguirse, bien por causa de nulidad, bien por caducidad de las mismas.

De la nulidad de las patentes trata el art. 43 de la ley. Son nulas las patentes de invención en los dos casos á que nos referimos ya antes, al explicar el alcance de aquéllas, y además cuando se observe que el objeto de las patentes afecta al orden ó á la seguridad pública, á las buenas costumbres ó á las leyes del país, y cuando se demuestre que la memoria descriptiva no contiene todo lo necesario para la comprensión y ejecución del objeto de la patente, ó no indica de una manera completa los verdaderos medios de constituirlo ó ejecutarlo. De la caducidad de las patentes se trata en el art. 46. Ya antes hablamos *(Derechos del inventor)* de algunos casos de caducidad. Caducan también las patentes cuando el poseedor no pague la correspondiente anualidad antes de comenzar cada uno de los años de su duración y cuando el objeto de la patente no se haya puesto en práctica en los dominios españoles dentro del plazo de dos años, al tenor del citado artículo 38.

La jurisdicción sobre patentes está regulada por el tít. 10 de la ley. Según el art. 53, las acciones civiles y criminales referentes á patentes de invención, se entablarán ante los jurados industria-

les. Interin se organizan éstos, dichas acciones se entablarán ante los tribunales ordinarios. Deben verse además, sobre esto, los arts. 54 al 58, ambos inclusive (1).

---

(1) Según el art. 54, si la demanda se dirige al mismo tiempo contra el concesionario de la patente y contra uno ó más concesionarios parciales, será Juez competente el del domicilio del concesionario. Según el 56, en toda reclamación sobre nulidad ó caducidad de patentes de invención será parte el Ministerio público. A este propósito debe consultarse la Real orden de 1.° de Junio de 1886.

FIN DEL TOMO TERCERO

ÍNDICE DEL TOMO TERCERO

LIBRO SEGUNDO

De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones.

Páginas.

Páginas.

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO TERCERO